

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**

**LUANA CARVALHO VALADARES**

**TEORIA DO RISCO CONCORRENTE**

**Análise da responsabilidade civil do Estado e das empresas  
fabricantes de cigarro**

**BRASÍLIA**

**2013**

**LUANA CARVALHO VALADARES**

**TEORIA DO RISCO CONCORRENTE**

**Análise da responsabilidade civil do Estado e das empresas  
fabricantes de cigarro**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito para obtenção do grau de  
bacharel em Direito no Centro Universitário de  
Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler  
Annes

**BRASÍLIA**

**2013**

Aos meus pais que me proporcionaram a melhor educação, sempre com muita atenção, carinho e compreensão.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por todas as conquistas alcançadas. Aos meus professores que transmitiram seu conhecimento, com destaque ao meu orientador, Professor Luís Antônio Winckler Annes, que por diversas vezes incentivou e direcionou minha pesquisa de forma sábia e atenciosa. E aos meus amigos pelo companheirismo e compreensão nos momentos em que precisei me ausentar para dedicar aos estudos.

“Deixar de fumar é a coisa mais fácil do mundo. Sei muito bem do que se trata, já o fiz cinquenta vezes”.

Mark Twain

## **RESUMO**

A responsabilidade civil é um tema em constante desenvolvimento, portanto, objeto de diversos estudos. A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro e do Estado ainda precisa sofrer diversas alterações, conforme a aplicação da Teoria do Risco Concorrente. Este trabalho foi apresentado como requisito de conclusão do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília e abordou a evolução do instituto da responsabilidade civil no que diz respeito ao tabagismo. Utilizou-se como método o estudo jurídico-descritivo e o modelo de pesquisa jurídico-propositivo visando uma mudança de paradigma na jurisprudência brasileira. O resultado do trabalho foi a percepção da necessidade de análise de cada caso específico, com apuração da proporção da responsabilidade de cada parte envolvida nos danos causados pelo cigarro nos diversos momentos históricos como forma de garantir a justiça.

Palavras-chaves: Direito Civil. Direito do Consumidor. Responsabilidade civil. Responsabilidade estatal. Teoria do Risco Concorrente. Tabagismo. Empresas fabricantes de cigarro. Livre-arbítrio.

## **ABSTRACT**

Civil liability is a constantly evolving issue, therefore, a topic of numerous studies. The civil liability of the tabaco industry and the State still needs to undergo several changes according to the application of the Competing Risk Theory. This work was presented as a requirement for conclusion of the course of Law of the *Centro Universitário de Brasília* and it discussed the evolution of the institution of civil liability with regard to smoking. The juridical-descriptive study method and the juridical-purposeful research model were adopted targeting a paradigm shift in Brazilian jurisprudence. The result of the study was the perceived need for case-specific analysis, with calculation of the proportion of the responsibility of each party involved in the damage caused by smoking at different historical moments as a way to ensure justice.

Keywords: Civil Law. Consumer Law. Civil liability. State liability. Competing Risk Theory. Smoking. Manufacturers of cigarettes. Free will.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>10</b>
1.1 Responsabilidade civil e o Código de Defesa do Consumidor .....	10
1.2 Cigarro como produto ilícito .....	15
1.3 Comercialização do produto .....	20
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS FABRICANTES DE CIGARRO E DO ESTADO.....</b>	<b>25</b>
2.1 Responsabilidade objetiva das empresas.....	25
2.2 Responsabilidade do fumante em contraposição à das empresas fumígenas.....	30
2.3 Responsabilidade do Estado .....	36
<b>3 APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE .....</b>	<b>43</b>
3.1 A ideia de risco concorrente.....	43
3.2 Aplicação da teoria do risco concorrente nos casos de tabagismo .....	48
3.3 Posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça .....	52
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>61</b>



## INTRODUÇÃO

O estudo tem por objeto a evolução da responsabilidade civil, em especial no que diz respeito ao cigarro. Percebe-se que este instituto já passou por diversas alterações, acompanhando o desenvolvimento da sociedade, contudo, necessita, atualmente, de uma nova reformulação para garantir a integral reparação dos danos sofridos pela vítima.

O mundo globalizado permite a interação de vários países em períodos de tempo cada vez menores. A informação é compartilhada quase instantaneamente com o mundo inteiro, os produtos produzidos em um extremo do mundo são comercializados não mais somente naquela região, mas tornam-se disponíveis para consumidores de todos os continentes.

Por isso, a liberação da produção, comercialização, divulgação e demais etapas que compõem o processo de colocação de um novo produto no mercado deve ser acompanhada com mais cuidado. Um produto defeituoso, colocado à disposição de milhões de consumidores, é capaz de gerar efeitos enormes, causando danos que atingem o mundo inteiro.

A responsabilidade civil, apesar de se enquadrar no ramo do direito privado, possui elevada relevância nesse contexto público internacional. Essa responsabilidade deve ser analisada em cada caso concreto, devido à própria peculiaridade do tema de sofrer modificações constantemente e variar conforme o fato em questão.

Esse trabalho abordou o tema levando-se em consideração o progresso do instituto, desde seus primórdios até a sua provável evolução futura. O estudo foi focado na responsabilização dos envolvidos na liberação, comercialização e consumo do cigarro. Abordou-se, em um primeiro momento, a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor<sup>1</sup>, suas consequências e seu objetivo maior de proteção do vulnerável como forma de igualar uma relação a princípio desproporcional entre as partes envolvidas: fornecedor e consumidor.

Em um segundo momento, tratou-se do surgimento do cigarro, de sua evolução na sociedade, visto a princípio como forma de inclusão social, status e liberdade, influenciando o comportamento de diversos jovens por meio de propagandas associadas ao

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078/90*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

sucesso, esporte, desempenho sexual. Todo esse *marketing* não sofria nenhum tipo de regulamentação ou limitação. O dever de informação não era exigido legalmente, assim, mesmo sabendo dos riscos a que seus consumidores estavam sujeitos, a indústria do fumo manteve sua postura voltada ao lucro a qualquer custo.

No capítulo 2, foi abordada a questão da responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro. Da aplicação da responsabilização objetiva ao caso, amparada nas garantias do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição de 1988<sup>2</sup>. Também nesse capítulo foi discutida a parcela de risco assumida pelos consumidores, tendo no livre-arbítrio uma estratégia de defesa das fornecedoras.

A responsabilidade do Estado também é colocada em questão. Seu dever de promoção à saúde, proteção do consumidor e o dever de legislar são discutidos ao longo do capítulo, com objetivo de demonstrar que também o Poder Público assumiu um risco, cabendo a ele parcela de responsabilidade nos casos de danos aos consumidores.

A Teoria do Risco Concorrente aparece como alternativa em casos que diversos fatores e sujeitos influenciaram para a consumação do dano. Mostra a necessidade de constante evolução do tema para proporcionar a reparação do dano conforme os riscos assumidos por cada parte. Surge para ser utilizada pelos magistrados nos casos concretos e aos legisladores para repensar o instituto e sua aplicação no mundo globalizado.

O trabalho foi baseado num estudo jurídico-descritivo, aprofundando nos conceitos de responsabilidade, culpa, dano e risco, abordando temas pertinentes como responsabilidade concorrente e dano corporal, utilizando-se, para isso, lições de diversos autores renomados.

Utilizou-se também o modelo de pesquisa jurídico-propositivo para sugerir uma mudança de paradigma na jurisprudência, voltada à análise da proporção da responsabilidade de cada parte e a consequente determinação do *quantum* indenizatório.

Por fim, sugere-se uma mudança de paradigma, um progresso do instituto da responsabilidade civil, com a aplicação da Teoria do Risco Concorrente aos casos em que há concausalidade para permitir uma correta distribuição da justiça.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

## 1 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Conforme informa o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Analisando as relações de consumo, percebe-se que a noção de consumidor está pautada numa ideia de vulnerabilidade, a parte mais frágil.

Assim, entendendo que as relações de consumo são pautadas na desproporção entre fornecedor e consumidor, a Constituição Federal e, posteriormente o Código de Defesa do Consumidor estabeleceram garantias aos consumidores a fim de amenizar a desigualdade nessa relação.

Com a globalização, torna-se ainda mais evidente a importância de se fazerem cumprir essas garantias, tanto por parte dos fornecedores, quanto do Estado, devido à amplitude que os danos podem atingir.

### 1.1 Responsabilidade civil e o Código de Defesa do Consumidor

Responsabilidade, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”.<sup>3</sup> Por isso, alguns autores defendem que a responsabilidade civil é um fenômeno social, pois aquele que praticar um ato ou se omitir de praticá-lo e causar dano a terceiro deverá arcar com as consequências.

Esse instituto sofreu diversas mudanças. Nos primórdios da sociedade, a reação imediata ao dano causado ocorria por meio da vingança privada, não havendo qualquer critério ou limites, nem mesmo a observância do fator culpa era levada em consideração. Posteriormente, regulamentou-se essa reação por meio da Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, marcando a primeira forma de limitação da vingança privada. Essa é a fase da justiça privada.

Mais tarde, surgiu a composição, na qual a pessoa que sofreu o dano se beneficiava com o produto da pena *in natura* ou em dinheiro, afastando, assim, a noção de vingança, porém, ainda sem análise da culpa. Com o tempo, o Estado foi assumindo a função

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

de punir, “passou a assumir o papel de distribuir justiça, colocando-se no lugar do ofendido e, apenando o agressor para, em nome da harmonia social, garantir o bem estar coletivo”.<sup>4</sup>

Muito se fala da Lei Aquília como “um princípio geral regulamentador da reparação do dano”<sup>5</sup>, isso porque ela trouxe a ideia do *damnum iniuria datum*. Para que se constatasse o *damnum iniuria datum* três requisitos deveriam ocorrer: a *injuria*, conduta contrária à lei; a culpa, podendo surgir da vontade da conduta ou por imprudência ou negligência (quase-delito) e o *damnum*, o dano, decréscimo patrimonial. Como bem observa Flávio Tartuce, “esses requisitos influenciam até hoje a construção estrutural da responsabilidade civil”.<sup>6</sup>

Nesse período, a noção de culpa começa a ser traçada, contudo, a reparação dos danos era feita somente pelo prejuízo sofrido, sem que houvesse a noção de lucro cessante.

Atualmente, para configurar a responsabilidade civil são necessários três pressupostos clássicos: ação ou omissão, dano e nexo causal entre a conduta praticada ou o ato omissivo e o dano causado a outrem. O parágrafo único do art. 927 do diploma civil<sup>7</sup> complementa que existem casos em que, independentemente de culpa, haverá a obrigação de reparar o dano.

**“Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Deve-se destacar que até o Código de 1916<sup>8</sup>, somente haveria dever de reparação se houvesse a comprovação da culpa, sendo esta presumida em raros casos. Percebeu-se, contudo, que essa teoria dificultava a reparação, surgindo, assim, a teoria da

<sup>4</sup> MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 3.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil de acordo com o Novo Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 5.

<sup>6</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 8.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei 10.406, de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

responsabilidade objetiva, estudada sob dois prismas: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo.<sup>9</sup>

A teoria do risco funda-se no exercício da atividade perigosa. Aquele que causar dano no exercício de atividade perigosa só se eximirá do dever de reparação caso prove que tomou todas as atitudes para evitá-lo. Resume-se no brocardo *ubi emolumentum, ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda*, ou seja, quem auferir os cômodos, deve suportar os incômodos.<sup>10</sup>

Já a teoria do dano objetivo foca no resultado da conduta, o dano, não sendo necessário perquirir se houve ou não culpa. Havendo o dano, a reparação se faz necessária.

Também os tipos de danos reparáveis foram sofrendo alteração com o tempo. O dano é entendido como uma lesão que tem como efeito a diminuição no patrimônio, sendo ele patrimonial ou moral. Em princípio, muito se discutiu a respeito da possibilidade de reparação do dano moral, devido principalmente a impossibilidade de rigorosa avaliação pecuniária e a imoralidade de se compensar esse tipo de dano em dinheiro. Tais fatos foram definitivamente afastados, mesmo porque o que se busca não é a exata equivalência entre indenização e prejuízo e sim, principalmente, o sentimento maior de justiça.

Superada a discussão a respeito do dano moral, atualmente põe-se em questão a possibilidade de reparação do dano estético, aquele que atinge a aparência externa de cada um. Essa aparência externa faz parte de uma das dimensões da própria personalidade humana, por isso, caso ela seja afetada, surgirá o dever de reparação. Nas palavras de Teresa Lopez: “Essa imagem externa aparece em várias dimensões: como a intelectual, a profissional, a social, a emocional, a física, e formam um só e indivisível conjunto. Por isso, se uma dessas partes for afetada, ocorrerá o desequilíbrio da integridade da personalidade [...]”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil de acordo com o Novo Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 5.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>11</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 15.

O dano estético é aquele, então, que afetando a aparência externa da pessoa, de forma duradoura, seja capaz de causar prejuízo a sua própria personalidade, dando ensejo a um sofrimento moral.

A questão foi objeto da Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça que concluiu a discussão informando que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Dessa forma, o Tribunal decidiu pela possibilidade de indenização por dano estético, ampliando ainda mais a possibilidade de reparação dos danos sofridos, seja ele material, moral ou estético.

A Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tiveram nítida importância na evolução do instituto da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico. Como se sabe, o Código Civil tutela a relação entre iguais e nas relações de consumo uma das principais características é justamente a desproporção entre partes, exigindo-se, portanto, tratamento diferenciado.

A Constituição no art. 5º, XXXII estabeleceu que o Estado promoverá a defesa do consumidor, na forma da lei. Esse dispositivo é de tal relevância que se enquadra nos direitos e garantias individuais, objeto de cláusula pétrea. O constituinte originário, visando reforçar essa garantia, ainda incluiu no art. 170 a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica, determinando que fosse elaborado um Código de defesa do consumidor (art. 48, ADCT).

Conclui Adolfo Mamoru Nishiyama, “Assim, a proteção do consumidor é uma liberdade pública positiva, pois o Estado tem a obrigação de comparecer para a prestação de certas tarefas. O que se exige é uma atuação do Poder Público e não a sua abstenção”.<sup>12</sup>

A Lei 8.078/90 veio estabelecer, dessa forma, normas de proteção e defesa do consumidor, consolidando um direito já constitucionalmente garantido. Essa lei foi um marco na relativização de alguns dogmas estabelecidos no direito civil e no direito comercial. Como bem alega Antônio Herman:

---

<sup>12</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 155.

“A atual função do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual. Se as relações de consumo têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação das riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana, nos seus vários papéis ou *status*, inclusive de consumidor na sociedade de consumo atual. Essa função só pode ser perseguida com uma nova visão e interpretação do direito privado, especialmente valorizando as diferenças materiais e formais nos poderes e liberdades das pessoas, procurando a igualdade [...]”.<sup>13</sup>

Justamente para que o direito privado atinja esse objetivo de proteção da pessoa em face à economia de massa que o CDC foi criado. No tocante à responsabilidade civil, a lei consumerista traz entre os direitos básicos do consumidor a prevenção e reparação de danos morais e materiais, não podendo essa responsabilidade ser afastada por cláusula contratual.

Cumulado com esse direito está a possibilidade de inversão do ônus probatório - quando a alegação feita pelo consumidor for verossímil ou quando ele for hipossuficiente -, o direito básico de segurança - no qual o fornecedor possui o dever de segurança e cuidado ao colocar produtos e serviços no mercado - e os direitos de transparência e boa-fé.

O Código deixa expresso ainda, no art. 4º *caput* e inciso II, a obrigatoriedade do Estado de estar presente no mercado de consumo, por meio de ações governamentais que garantam o atendimento das necessidades dos consumidores.

**“Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

[...]”.

<sup>13</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

Por fim, cumpre observar que o CDC optou pela aplicação da responsabilidade objetiva, conforme se depreende do art. 12:

**“Art. 12.** O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

É sobre essa responsabilidade objetiva, independentemente da existência de culpa, e amparada em especial pelo Código de Defesa do Consumidor que se baseará esse estudo.

## 1.2 Cigarro como produto ilícito

O cigarro é um produto que vai muito além do simples tabaco enrolado numa folha de papel. Ele é considerado do ponto de vista jurídico, na visão de Lúcio Delfino, um produto “potencialmente nocivo à saúde, inseguro (propenso a gerar acidentes de consumo) para os que o utilizam como também para os que a ele estão expostos”.<sup>14</sup>

O seu processo de fabricação envolve a adição de produtos como a acetona (utilizada para remover tintas e esmaltes - causa irritação na pele e garganta), a amônia (componente de produtos para desinfetar banheiros - causa dependência, podendo cegar e até matar), arsênico e DDT (inseticidas), naftalina (usada para matar traças e baratas - o contato prolongado com essa substância prejudica rins e olhos), acetato de chumbo (substância cancerígena) e cádmio (usado em baterias de carro).

Nesse rol de produtos, destaca-se o cádmio, metal altamente tóxico, que corrói o sistema respiratório. Mesmo em pequena quantidade, como a presente no cigarro, acumula-se no organismo, demorando até 20 anos para ser expelido.

A fumaça do cigarro é composta por uma mistura de aproximadamente 4700 substâncias tóxicas<sup>15</sup>, entre elas, o alcatrão (composto de mais de 40 substâncias comprovadamente cancerígenas) e o monóxido de carbono (prejudica a passagem de oxigênio

<sup>14</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 77.

<sup>15</sup> Dados retirados do site do Instituto Nacional de Câncer <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em 19 agosto 2012.



no sangue por ter uma afinidade 200 vezes maior com a hemoglobina do que o oxigênio e provoca aumento nas taxas de lipídio e colesterol).

Ainda entre as substâncias contidas no cigarro está a nicotina, responsável pela dependência. Ela é considerada uma droga pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pois causa além de transtornos mentais, aumento da frequência cardíaca e liberação de substâncias quimiotáxicas<sup>16</sup> no pulmão.

No cigarro, a nicotina tem efeito rápido e devastador. Chega ao cérebro em apenas nove segundos, atingindo o sistema parassimpático, bloqueando o simpático e causando a sensação de bem-estar. Nenhuma outra droga age tão rápido e com tal intensidade. Ocorre, porém, que a sensação dura em torno de 20 a 30 minutos, gerando a necessidade de sentir o bem-estar novamente e, para isso, o consumidor acende outro cigarro, acarretando a dependência.

Por esses motivos, o tabaco foi inserido na Classificação Internacional de Doenças (CID 10), passando a ser tratado como doença no grupo de transtornos mentais e de comportamento devido ao uso de substância psicoativa.<sup>17</sup>

Sérgio Luís Boeira, no livro “Atrás da cortina de fumaça”, mostra a relação do cigarro com diversos tipos de câncer. Entre as pessoas que possuem câncer de pulmão, 80% a 90% são fumantes, quando se trata de câncer nos lábios ou nos rins, esse índice sobe para 90%, chegando a 95% em câncer na língua. O autor ainda faz uma relação dos dez tipos de câncer mais comuns, observando que dentre esses, cinco possuem relação com o tabagismo (câncer de pulmão, câncer de estômago, intestino, esôfago, boca).<sup>18</sup>

Segundo o Instituto Nacional de Câncer - INCA, o tabagismo é diretamente responsável por 30% das mortes por câncer e 90% das mortes por câncer de pulmão. Outras doenças que também estão relacionadas ao uso do cigarro são aneurisma arterial, trombose vascular, úlcera no aparelho digestivo, infecções respiratórias e impotência sexual no homem.

---

<sup>16</sup> Afinidade ou repulsa de células ou organismos vivos, no sentido positivo ou negativo, para substâncias químicas.

<sup>17</sup> CID 10: T65.2 Efeito tóxico do tabaco e da nicotina. Z58.7 Exposição à fumaça de tabaco. Z72.0 Uso do tabaco. <<http://www.medicinanet.com.br/pesquisa/cid10/nome/tabaco.htm>>. Acesso em 19 agosto 2012.

<sup>18</sup> BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese - (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, p.86.

Estima-se, que no Brasil, a cada ano, 200 mil pessoas morram precocemente devido às doenças causadas pelo tabagismo.<sup>19</sup>

Abaixo segue uma pesquisa retirada do site de segurança do trabalho:

- **Câncer de Pulmão:** 87% das mortes por câncer de pulmão ocorrem entre os fumantes.
- **Doenças Cardíacas:** os fumantes correm um risco de 70% maior de apresentar doenças cardíacas.
- **Câncer de Mama:** as mulheres que fumam 40 ou mais cigarros por dia têm uma probabilidade 74% maior de morrer de câncer de mama.
- **Deficiências Auditivas:** os bebês de mulheres fumantes têm maiores dificuldades em processar sons.
- **Complicações da Diabetes:** os diabéticos que fumam ou que mascam tabaco correm maior risco de ter graves complicações renais e apresentam retinopatia (distúrbios da retina) de evoluções mais rápidas.
- **Câncer de Cólon:** dois estudos com mais de 150.000 pessoas mostram uma relação clara entre o fumo e o câncer de cólon.
- **Asma:** a fumaça pode piorar a asma em crianças.
- **Predisposição ao Fumo:** as filhas de mulheres que fumavam durante a gravidez têm quatro vezes mais probabilidade de fumar também.
- **Leucemia:** suspeita-se que o fumo cause leucemia mielóide.
- **Contusões em Atividades Físicas:** segundo um estudo do Exército dos Estados Unidos, os fumantes têm mais probabilidades de sofrer contusões em atividades físicas.
- **Memória:** doses altas de nicotina podem reduzir a destreza mental em tarefas complexas.
- **Depressão:** psiquiatras estão investigando evidências de que há uma relação entre o fumo e a depressão profunda, além da esquizofrenia.
- **Suicídio:** um estudo feito entre enfermeiras mostrou que a probabilidade de cometer suicídio era duas vezes maior entre as enfermeiras que fumavam.
- **Outros perigos a acrescentar à lista:** câncer da boca, laringe, gargantas, esôfago, pâncreas, estômago, intestino delgado, bexiga, rins e colo do útero; derrame cerebral, ataque cardíaco, doenças pulmonares crônicas, distúrbios circulares, úlceras pépticas, diabetes, infertilidade, bebês abaixo do peso, osteoporose e infecções dos ouvidos. Pode-se acrescentar ainda o perigo de incêndios, já que o fumo é a principal causa de incêndios em residências, hotéis e hospitais.<sup>20</sup>

O cigarro também gera diversos problemas para os fumantes passivos. Chamam-se fumantes passivos as pessoas que sendo não fumantes inalam os produtos de

<sup>19</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. Observatório da política nacional de controle do tabaco. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=faq>>. Acesso em: 19 agosto 2012.

<sup>20</sup> Fumo, cigarro e suas consequências. Disponível em: <<http://www.areaseg.com/toxicos/fumo.html>>, acesso em: 24 jun. 2012

combustão do cigarro. A fumaça dos derivados do tabaco em ambientes fechados é denominada poluição tabagística ambiental. Estima-se que o ar poluído contenha “três vezes mais nicotina e monóxido de carbono, e até cinquenta vezes mais substâncias cancerígenas do que a fumaça que entra pela boca do fumante depois de passar pelo filtro do cigarro”<sup>21</sup>, segundo o INCA.

Ainda segundo esse Instituto, a absorção da fumaça por não fumantes causa risco 30% maior de câncer de pulmão e 24% maior de infarto do coração em relação aos não fumantes que não se expõem. Em crianças, causa maior risco de doenças respiratórias como pneumonia, bronquite e asma. São ainda efeitos imediatos causados pela poluição tabagística ambiental: irritação nos olhos, manifestações nasais, tosse, cefaleia, aumento de problemas alérgicos e cardíacos.

Alguns autores defendem que o cigarro possui, assim, uma periculosidade inerente, ou seja, “trazem um risco intrínseco atado a sua própria qualidade ou modo de funcionamento”.<sup>22</sup> Porém, para que um produto seja classificado dessa maneira, a periculosidade deve ser normal e previsível, como ocorre nas facas, no álcool, sacos plásticos, agrotóxicos.

O produto que possui periculosidade inerente pode ser comercializado com as advertências cabíveis, pois o próprio fim a que se destina depende da periculosidade, como no caso da faca que precisa estar afiada para alcançar sua finalidade. Suprir a periculosidade inerente de um produto seria acabar com sua própria natureza.

Nestes casos, os consumidores estão cientes dos riscos e, utilizando o produto da forma recomendada, não irão sofrer danos.

Mas no caso do cigarro, a periculosidade não pode ser considerada inerente. A periculosidade do cigarro não é normal e, durante o período em que foi comercializado sem que houvesse informação adequada aos consumidores, não tinha como se falar em previsibilidade.

---

<sup>21</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=passivo&link=tabagismo.htm>>. Acesso em: 12 setembro 2012.

<sup>22</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

No cigarro, a periculosidade é tida por exagerada, “seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores”.<sup>23</sup> A mera informação de que o produto colocado no mercado causa prejuízos à saúde do consumidor, apesar de preencher o requisito da previsibilidade, não é capaz de eliminar a responsabilidade pelos danos gerados.

Por isso, diz-se que os produtos com periculosidade exagerada “[...] não podem em hipótese alguma - em face da imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua produção e comercialização - ser colocados no mercado”.<sup>24</sup>

Importante avaliar se a periculosidade de um produto é elevada a ponto de ser classificada como exagerada (não podendo ser comercializado) ou apenas inerente (devendo ser comercializado com advertências).

”De qualquer modo, com a ajuda do *Restatement (Second) of Torts, section 520*, é possível elencar alguns pontos que podem ser levados em consideração pelo juiz para tal determinação: a) se a atividade em si envolve um alto grau de risco de dano; b) se o dano hipotecário é de grande gravidade; c) se o risco não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado razoável; d) se a atividade não é matéria de uso comum; e) se a atividade é inapropriada para o local onde é exercida; e, finalmente f) o valor da atividade para a comunidade”.<sup>25</sup>

Avaliando o cigarro, percebe-se que este possui alto grau de risco de dano, sendo este de grande gravidade, podendo levar à morte. Como bem destaca Sérgio Luís Boeira: “Não existe um consumo regular do tabaco isento de risco à saúde”<sup>26</sup>, mesmo utilizado da forma como é recomendada, mata.

A mera informação e normatização não são suficientes para diminuir os riscos graves causados pelo consumo do produto, visto a desproporção clara entre os custos e benefícios sociais da sua produção e comercialização. Logo, um produto como esse não poderia ser colocado no mercado e, muito menos, mantido por tantos anos sem informação adequada.

<sup>23</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>26</sup> BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese - (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, p.82.

Dessa forma, o cigarro viola preceitos de proteção à saúde e à vida constitucionalmente tutelados. Não cabe, por tudo quanto exposto, defender a licitude de um produto tão danoso.

### 1.3 Comercialização do produto

Estima-se que o descobrimento do tabaco se deu no ano 1000 a.C.<sup>27</sup>, pela população indígena que vivia nas Américas, sendo utilizado nos rituais religiosos bem antes da chegada dos europeus. Com a colonização e o escambo, essa folha plantada em todo o continente espalhou-se pela Europa e, em pouco tempo, já se fumava cachimbo em todo o continente europeu.

Logo isso se tornou um símbolo de civilização, sendo retratado por diversos pintores que ilustravam reis, generais e outras figuras importantes fumando ou aspirando rapé, representando elevado status econômico-social. A produção cresceu enormemente, chegando a ser a maior fonte de renda dos cofres públicos na Europa.<sup>28</sup>

O cigarro foi a forma mais cômoda e econômica de carregar e utilizar o tabaco, mostrando sua explosão nas décadas de 1860 e 1880, quando começou a ser produzido em larga escala por máquinas específicas. A princípio, seu consumo se restringia aos homens, sendo somente a partir da Segunda Guerra Mundial, com a utilização maciça da publicidade pela indústria de cigarros, que seu consumo se disseminou entre as mulheres.

Marcantes são as campanhas publicitárias do cigarro. Associavam o seu uso à imagem de sucesso, aventura, status, prazer. Incontáveis os filmes de Hollywood nos quais os atores principais apareciam fumando.

Por muito tempo, a publicidade desse produto foi veiculada sem nenhum tipo de controle específico, existindo até médicos que diziam que o ato de fumar não fazia mal à saúde. Nesse sentido é o trecho a seguir, extraído do site de segurança do trabalho:

“Outro personagem muito conhecido no mundo do cigarro é o cowboy machão, despreocupado, cuja mensagem, nas palavras de um rapaz, é:

---

<sup>27</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>28</sup> ALIANÇA DE CONTROLE AO TABAGISMO. *Tabagismo*. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.actbr.org.br/tabagismo/historico.asp>>. Acesso em: 28 setembro 2012.

‘quando você está fumando, ninguém o segura’. Consta que o produto de consumo mais vendido no mundo é um cigarro que controla 69% do mercado entre os fumantes adolescentes e que a marca que mais investe em publicidade. Como um incentivo a mais, todo maço traz cupons que podem ser trocados por jeans, bonés e roupas esportivas do gosto da moçada”.<sup>29</sup>

O filme *Thank You for Smoking* retrata bem esse poder do *marketing* quando o personagem principal, Nick Naylor, lobista, busca provas de que os cigarros não viciam e é mal sucedido. Sua conclusão, mesmo assim, é confiante: “o mais importante: temos o controle da mídia”.<sup>30</sup>

Foi com esse poder da publicidade que o cigarro passou a fazer parte da rotina de milhares de pessoas, sendo considerado prova de independência, liberdade e fator de inclusão em diversos grupos sociais. Fumar era quase obrigatório para se sentir inserido socialmente. Exemplo clássico dessa relação do cigarro com fama, sucesso e inclusão social é trazido pelo site já citado acima:

“Aqui no Brasil, a minissérie Presença de Anita, chamou a atenção aos vários cigarros consumidos pela protagonista de apenas 18 anos. A representação foi tamanha, ao ponto da própria atriz tornar-se dependente. A mensagem descarada é que fumar dá prazer, boa forma, virilidade e popularidade. ‘Onde eu trabalhava’, disse um consultor de publicidade, ‘tentávamos de tudo para influenciar a garotada de 14 anos a começar a fumar’. Os anúncios na Ásia apresentam ocidentais atléticos, saudáveis e cheios de juventude, divertindo-se a valer em praias e quadras esportivas – fumando, é claro. ‘Top models e estilos de vida ocidentais criam padrões glamorosos a imitar’, comentou um informe de marketing, ‘e os fumantes asiáticos nunca se fartam disso’”.<sup>31</sup>

Slogans como “A decisão inteligente”, “Para quem sabe o que quer”, “Para quem tem bom gosto” já foram utilizados nas publicidades de cigarro e demonstram exatamente a ideia que as indústrias gostariam de passar: o cigarro demonstra capacidade de escolha, liberdade, independência.

Esse glamour perdurou até o início da década de 1920, quando começaram os primeiros alertas a respeito dos riscos do cigarro, surgindo as primeiras leis contra o tabagismo nos Estados Unidos. Em 1964 e 1972 foram publicados relatórios e feitas

<sup>29</sup> SITE DE SEGURANÇA DO TRABALHO. Fumo. Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.areaseg.com/toxicos/fumo.html>>. Acesso em: 29 setembro 2012.

<sup>30</sup> *THANK YOU FOR SMOKING*. Direção e roteiro de Jason Reitman, baseado em livro de Christopher Buckley. Estados Unidos: Fox Searchlight, 2005. DVD.

<sup>31</sup> SITE DE SEGURANÇA DO TRABALHO. Fumo. Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.areaseg.com/toxicos/fumo.html>>. Acesso em: 29 setembro 2012.

investigações a respeito dos males causados pelo cigarro neste país, o que gerou certo recuo nas vendas do cigarro.

“Nos Estados Unidos os anúncios de cigarro na TV foram banidos há mais de vinte anos. Como se não bastasse, o rigor das leis americanas impede o tabagismo em restaurantes, cinemas, elevadores e lojas, punindo aqueles que se aventurarem na infração, com pagamento de multa pesada. Isso significa que lá, tal qual em países com leis semelhantes, tornou-se difícil vender cigarro. A solução encontrada pelas indústrias fumígenas foi simples e eficiente: voltar sua artilharia para países onde inexiste legislações sérias, com intuito preventivo de problemas relacionados ao uso do tabaco”.<sup>32</sup>

As empresas, mesmo conhecendo os riscos do produto, continuaram incentivando o seu uso. Reagiram rapidamente, buscando ao máximo controlar informações vitais, analisar e segmentar o público-alvo de seu produto, além de promover a colaboração entre os competidores desse ramo. Chegaram a manipular estudos com intuito de enganar os consumidores ao enunciar que o cigarro fazia bem à saúde.

É nesse contexto que surge a publicidade enganosa dos cigarros. O art. 37, §1º, CDC traz a noção de publicidade enganosa nos seguintes termos:

“**Art. 37.** É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

Dessa forma, são proibidas propagandas que sejam inteira ou parcialmente falsas ou ainda que induzam em erro o consumidor. As propagandas de cigarro se utilizavam justamente da falsa informação para relacioná-lo ao vigor físico, à vida esportista, induzindo os consumidores a um erro que custaria a própria saúde e, em muitos casos, a vida.

Um produto altamente perigoso e danoso à saúde relacionado em propagandas à vida saudável. Só por essa informação, a propaganda do cigarro já seria enganosa. Observa-se, pela redação do artigo 37, que não é necessário que ocorra um fato danoso ao consumidor, a mera violação aos deveres de informação já configura a propaganda como enganosa.

---

<sup>32</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil & tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 327.

Além disso, não se pode deixar de questionar as omissões que esses anúncios traziam, afinal, sequer tratavam dos riscos aos quais os consumidores estariam expostos consumindo esse produto. Como bem questiona Lúcio Delfino: “Se o consumidor tivesse tido conhecimento de determinada característica do produto antes de adquiri-lo, teria, mesmo assim, concretizado o negócio?”.<sup>33</sup>

No caso do cigarro, seria essencial constar, por exemplo, as substâncias tóxicas contidas no produto e seus efeitos no organismo. São dados que se aparecessem nas propagandas, certamente não haveria indivíduo que quisesse se submeter a tal risco.

O Código do Consumidor é ainda mais específico ao tratar da oferta e apresentação de produtos e serviços no *caput* do art. 31:

“**Art. 31.** A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

Assim, as informações sobre as características, qualidades, composição entre outras devem ser passadas ao consumidor de forma correta, clara e precisa, fato que em nada se aproxima das propagandas de cigarro.

Todos esses pontos demonstram a responsabilidade das empresas fabricantes de cigarro no período em que vigoraram essas propagandas e, após a proibição das mesmas, em relação aos consumidores que já estavam viciados. Por muitos anos o produto foi comercializado sem que se soubessem seus efeitos, um descaso não só das empresas fabricantes, quanto do Poder Público que tem a função de fiscalizá-las.

Acrescenta-se a isso, o fato de ser obrigatória a observância de algumas etapas antes do produto ser disponibilizado no mercado. Entre elas, exige-se que o fabricante realize diversos testes para conhecer os efeitos do produto e certificar-se que ele não é nocivo. Assim, não cabe às empresas se defenderem afirmando que desconheciam os efeitos nocivos do produto, passando a conhecê-los apenas na década de 1990.

---

<sup>33</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 136.



Tem-se configuradas assim, não só a negligência a deveres básicos de cuidado das empresas, ao comercializar um produto sem certificar-se dos seus efeitos, como também a propaganda enganosa e ainda a violação ao dever de informação.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS FABRICANTES DE CIGARRO E DO ESTADO

Sabe-se que a responsabilidade civil dos fornecedores é objetiva, ou seja, independe de culpa. Porém, mesmo sem ser necessário comprovar esse fator, em alguns casos é extremamente complicado demonstrar o nexo causal, surgindo, assim, diversas discussões a esse respeito e várias teorias que tentam encontrar uma solução para esses conflitos.

Além disso, deve-se atentar ao fato do poderio dos fornecedores, em especial as empresas fabricantes de cigarro, ante um consumidor vulnerável e um Estado omissor. Por tudo quanto exposto, muito se discute a respeito da responsabilidade civil dessas empresas e do Estado quando à produção e comercialização do cigarro e dos fatores que levam os indivíduos a consumir esse produto e manter seu uso após as constatações dos males que ele causa.

### 2.1 Responsabilidade objetiva das empresas

A responsabilidade civil passou por grandes evoluções do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002. No código antigo, a responsabilidade subjetiva era a regra, com apoio na culpa provada, art. 159.

**“Art. 159.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).  
A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553”.

Esse artigo era tão específico que afastava qualquer outra modalidade que não fosse a culpa subjetiva. Em poucos casos, arrolados nos arts. 1.521, 1.527, 1.528 e 1.529, admitia-se a culpa presumida e a responsabilidade objetiva.

Ainda hoje, segundo a teoria clássica, a culpa é pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, como se observa no Código Civil, art. 186.

**“Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dessa forma, a vítima só teria direito a indenização caso o agente responsável pelo dano agisse com culpa.

Porém, com a evolução da sociedade, desenvolvimento industrial e a produção em massa, observou-se que em muitos casos era necessária a devida reparação, sem que fosse preciso comprovar a culpa tradicional. Os juristas notaram que a teoria subjetiva não mais se adequava aos anseios da sociedade, principalmente no que se referia aos acidentes de trabalho que se tornaram muito comum com a mecanização e o consequente despreparo dos operários. Percebeu-se que a dificuldade em se comprovar a culpa do empregador era tamanha que o operário acabava desamparado judicialmente, sem a devida reparação.

Surge, assim, a responsabilidade objetiva, aplicada entre outros casos, nas relações de consumo. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

“[...] a responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no *dever e segurança* do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva”.<sup>34</sup>

Aliada à ideia de responsabilidade objetiva, veio a teoria do risco, no final do século XIX, desenvolvida principalmente na França. Segundo essa teoria, risco significa perigo, uma probabilidade maior de dano, significando que, aquele que exerce ou oferece um produto perigoso, deve arcar com os riscos e reparar os danos que dele forem decorrentes.

Entre as diversas espécies de risco apontadas pela doutrina, a comercialização do cigarro se enquadra no risco-proveito. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi ônus*”<sup>35</sup>

Há quem queira aplicar à indústria do cigarro a teoria do risco criado, segundo o qual aquele que, em razão da atividade ou profissão, cria um perigo, estaria sujeito à reparação, a menos que se comprovasse que todas as medidas foram tomadas para se evitar o dano. Contudo, no capítulo anterior, já houve a conclusão que a mera informação e previsibilidade não isenta os fabricantes dos danos causados, devido à imensa desproporção

---

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 40.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 156.

entre os custos e benefícios sociais da produção do cigarro e sua consequente periculosidade exagerada.

Assim, as empresas de cigarro se submetem à teoria objetiva da responsabilidade civil, havendo que se provar apenas o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a conduta/omissão do agente e o dano arcado pelo consumidor, conforme já expressamente disposto pelo legislador no art. 931 do Código Civil.

**“Art. 931.** Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

O dano causado pelo cigarro é de fácil comprovação. Conforme já apontado em tópicos anteriores, o cigarro é responsável por diversos tipos de câncer, enfisema pulmonar, entre outros sérios problemas de saúde. Além disso, há que se apontar o dano psicológico causado pela dependência química e psíquica provocado, principalmente, pela nicotina presente nesse produto.

O dano social também ocorre, pois a família do fumante é afetada diretamente pelo vício do consumidor direto. O fumante passivo também sofre os efeitos do cigarro, apresentando diversas doenças relacionadas à fumaça. Ainda cabe elencar o dano moral arcado pelos familiares de parentes falecidos em decorrência do fumo.

O nexo de causalidade é o vínculo entre causa e efeito, da ação/omissão do agente causador do dano e do dano propriamente dito. Não há que se falar em reparação civil, se não há nexo de causalidade, por isso sua relevância.

Ocorre que, muitas vezes, essa determinação do nexo causal não é de fácil percepção, podendo, inclusive, ter situações em que ocorram diversas causas concomitantes para a ocorrência do fato danoso.

Ensina Otavio Luiz Rodrigues Junior, que

“Diante de múltiplas causas concomitantes, ao juiz caberá: (i) identificar qual dessas causas é preponderante, de modo a excluir as demais; e (ii) quando mais de uma causa tiver relevância decisiva para a produção do resultado, ou quando se mostrar impossível a determinação de qual delas foi

verdadeiramente preponderante, repartir o dever de indenizar, ocorrendo então o que se convencionou denominar *culpa concorrente*”.<sup>36</sup>

Dessa forma, primeiro tenta-se identificar uma causa preponderante, caso não seja possível, aplica-se a culpa concorrente, repartindo o dever de indenizar.

Algumas empresas argumentam que não seria possível identificar qual marca era utilizada pelo usuário do cigarro, rompendo-se assim, o nexo causal. Porém, esse argumento é facilmente afastado quando se tem entre as provas cabíveis, a testemunhal, permitida e prevista no Código de Processo Civil (CPC)<sup>37</sup>.

“**Art. 332.** Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

“**Art. 400.** A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I - já provados por documento ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

Portanto, sabendo que os fumantes geralmente elegem uma marca e se utilizam dela durante toda a vida, raramente fazendo uso de outra que não a escolhida, fácil detectar a empresa responsável. Todos que convivem ao seu redor, parentes, amigos, donos de mercados próximos à residência sabem qual marca de cigarro é a mais comprada e podem ser testemunhas em uma possível lide.

Além disso, como se trata de uma típica relação de consumo, deve-se adotar a inversão do ônus probatório, cabendo à empresa, demonstrar que o consumidor não utilizava seu produto, ou que este não causou o dano questionado. Nesse sentido é a orientação do art.6º, inciso VIII, CDC.

“**Art. 6º** São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[...]”.

<sup>36</sup> RODRIGUES FILHO, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 114.

<sup>37</sup> BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

Neste ponto, muitas empresas alegam que a causa da morte do fumante não foi diretamente o cigarro, podendo ser ocasionada por outros fatores, tentando, com isso, romper o nexo causal e eximirem-se da responsabilidade.

Importante observar os índices de mortes relacionadas ao consumo de cigarro passados pelos órgãos de saúde, os números alarmantes de diversos tipos de câncer associados ao cigarro e outras estatísticas de amplo conhecimento na atualidade.

Após anos de consumo de um produto altamente nocivo, tendo a morte do indivíduo determinada por enfisema pulmonar, câncer de faringe, ou outras doenças correlatas, é incabível afirmar que não há nexo de causalidade entre a morte desse consumidor e a comercialização de cigarro.

Afirmar que a morte pode ter sido ocasionada por outros fatores que não o consumo diário de cigarro é desarrazoado, visto que o nexo causal é justamente o “[...] fator determinante do prejuízo”.<sup>38</sup>

A aplicação da presunção do nexo de causalidade torna-se essencial em diversos casos em que é impraticável exigir da vítima/autor da ação de indenização a prova do nexo causal. Por isso, afirma Caitlin Sampaio Mulholland:

“Daí a conclusão de que, em determinadas hipóteses, poderá o julgador utilizar-se das presunções como forma de benefício à vítima, favorecendo-a devido a sua incapacidade probatória estabelecida durante o processo. Surge, assim, a questão basilar deste livro: a identificação e aplicação da chamada presunção de causalidade, expediente que possibilita a efetivação da obrigação de indenizar e a concretização do princípio da plena reparabilidade do dano injustamente sofrido, através de um juízo probabilístico”.<sup>39</sup>

Complementa Flávio Tartuce a respeito da presunção de causalidade, “cite-se, ainda, a correta aplicação da teoria da presunção de nexo de causalidade, utilizada em alguns julgados, que tem relação direta com a *pressuposição de responsabilidade pela colocação das pessoas em risco pelo produto (mise en danger)*”.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil de acordo com o Novo Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 520.

<sup>39</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 196.

<sup>40</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 361.

Ou seja, a exposição das pessoas a produtos nocivos, com periculosidade exagerada, por si só já é capaz de pressupor responsabilidade em caso de dano. Frise-se que há presunção relativa, pois a empresa tabagista poderá provar o contrário.

A aplicação da teoria da presunção de nexo de causalidade não se confunde com a inversão do ônus probatório, fato que permite sua aplicação inclusive aos casos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor.

“O que ocorre, no caso, não é a inversão do ônus da prova, mas a consideração de que com a presunção dos fatos - e da causalidade - em favor dos argumentos da vítima, pesará sobre os ombros do réu da ação, pretendido responsável pela reparação, o dever de combater esta presunção, provando que de outra maneira deram-se os eventos que culminaram com o resultado danoso”.<sup>41</sup>

Dessa forma, deve-se presumir o nexo de causalidade em alguns casos em que se torna impossível a prova feita pelo autor, como nos casos de reparação decorrentes do cigarro anteriores à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou então, determinar a inversão do ônus probatório, nos casos em que essa lei é aplicável, cabendo ao fabricante demonstrar que seu produto não foi determinante na ocorrência dos danos causados à vítima, ou então que seu produto não é passível de tais efeitos.

## **2.2 Responsabilidade do fumante em contraposição à das empresas fumígenas**

As empresas ainda utilizam como argumento para se eximir do dever de reparação dos danos causados o livre-arbítrio dos consumidores. É o que defende Álvaro Villaça Azevedo em parecer para a Souza Cruz S.A:

“[...] a dependência física ou psicológica até pode enfraquecer o poder de recusa, até pode dificultar a decisão do usuário da substância de decidir não mais consumi-la, ante a necessidade sentida pela pessoa dependente. Porém, essa dificuldade é inerente aos seres humanos que estão acostumados a consumir substâncias que lhes proporcionam prazer”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 207-208.

<sup>42</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça, A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, in LOPEZ, Tereza Ancona (coordenadora). *Estudos e pareceres sobre Livre-Arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco, aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 71.

Mais a frente, o mesmo doutrinador ainda conclui: “Ainda que o tabaco contenha substância inerente (nicotina) que está associada à dependência, o que determina o começo e o fim dessa dependência é a vontade humana”.<sup>43</sup>

Destaca-se que esse parecer foi destinado a uma grande empresa de cigarro, logo, seus resultados são visivelmente tendenciosos. Esse argumento, contudo, não merece apoio pelas razões a seguir delineadas.

Cabe, primeiramente, entender o significado da palavra livre-arbítrio. Segundo o Dicionário Houaiss, livre-arbítrio é a “possibilidade de decidir, escolher em função da própria vontade, isenta de qualquer condicionamento, motivo ou causa determinante”.<sup>44</sup> Ou seja, para que haja livre-arbítrio, faz-se necessário que não exista nenhum tipo de condicionamento, que a possibilidade de decidir seja plena.

Lúcio Delfino afirma em seu artigo, “O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo responsabilidade civil das indústrias do tabaco”, que

“[...] as decisões de iniciar a prática do tabagismo, e a de mantê-la viva no cotidiano, advêm de um ou alguns estímulos externos. São excitações exteriores que, de algum modo, influenciam a vontade do indivíduo, conduzindo a sua ação em direção ao consumo inicial e contínuo de tabaco. Sendo esse argumento verdadeiro – e ele efetivamente o é – certamente cairá por terra a tese do livre-arbítrio do fumante, sobretudo porque não haveria sentido em se defender uma propensa liberdade de agir, quando a vontade do indivíduo foi maculada, já que pastoreada para um determinado comportamento por fatores outros que não a sua própria consciência”.<sup>45</sup>

Citam-se como fatores externos capazes de influenciar a decisão livre dos indivíduos as constantes propagandas que veiculavam nos meios de comunicação associando o uso do produto ao sucesso, prática de esportes, intensa sexualidade e até mesmo autoafirmação social. Todo esse *marketing* em torno do cigarro aliado à omissão a cerca dos

<sup>43</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça, A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, in *Estudos e pareceres sobre Livre-Arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco*, aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 71.

<sup>44</sup> HOUAISS, Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa. Disponível em: < <http://200.241.192.6/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

<sup>45</sup> DELFINO, Lúcio. *O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco*. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20090329191746.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329191746.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013.



perigos de seu consumo tornaram esse consumo um hábito social e influenciaram de forma maciça toda uma geração de jovens e adultos, principalmente entre as décadas de 50 e 90.

Após iniciar o consumo de cigarro, o livre-arbítrio fica ainda mais afastado devido à nicotina. O fumante não é capaz de largar seu vício de forma tão simples como a suposta pelo doutrinador em seu parecer. A nicotina é uma substância tão perigosa que já foi classificada como substância psicotrópica capaz de gerar transtornos mentais e de comportamento.

Não se trata aqui de mera substância que induz o cérebro a produzir a sensação de prazer e bem-estar, como comparou Álvaro Villaça com a cafeína. Adotar essa tese é desprezar um risco muito grande associada ao seu consumo.

Em parecer solicitado pela Associação Cearense de Defesa da Saúde do Fumante e Ex-fumante, o Prof. José Rosemberg fala a respeito do perigo da nicotina:

“Nos cigarros, os efeitos da nicotina são mais rápidos e devassadores. Após uma tragada, ela chega ao cérebro em nove segundos, valendo dizer que, em média, traga-se dez vezes cada cigarro. Quem fuma um maço de cigarros por dia, sofre, portanto, duzentos impactos cerebrais da nicotina, totalizando setenta e três mil impactos por ano. Nenhuma outra droga age com esse volume e intensidade, provocando malefícios e lesando praticamente todos os órgãos. Seu mecanismo farmacológico é semelhante ao da cocaína e heroína, e a dependência que provoca costuma ser mais intensa que a destas últimas”.<sup>46</sup>

Por isso, conclui Lúcio Delfino,

“Destarte, é de se ver que o argumento pautado no livre-arbítrio do fumante, como arma direcionada a excluir a responsabilidade civil da indústria do fumo, também cai por terra, sob uma análise voltada exclusivamente à nicotina, substância psicotrópica responsável pela dependência do fumante.

Essa dependência, implantada no organismo do fumante pelo mero consumo de tabaco, apresenta-se como uma fortíssima influência externa, a mantê-lo na condição de tabagista, já que macula a sua vontade, impedindo-o de abdicar do fumo espontaneamente, por meio apenas de sua vontade”.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10.

<sup>47</sup> Idem. *O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco*. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20090329191746.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329191746.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

Mais específico ainda são os casos dos fumantes que iniciaram seu hábito antes da divulgação dos efeitos maléficos do cigarro. Nestes casos, não há que se falar em livre-arbítrio, pois os consumidores sequer sabiam os efeitos do produto que estavam consumindo. Assim, para aqueles que começaram a fumar e se encontram hoje viciados, o livre-arbítrio em relação ao fumo é, senão anulado, em muito diminuído pelos efeitos da nicotina.

A alegação do livre-arbítrio fica condizente com a realidade, quando se tem como parâmetro pessoas adultas que iniciaram o consumo de cigarro após o conhecimento dos seus efeitos. Estes consumidores sabiam dos riscos aos quais estavam se submetendo e escolheram, mesmo assim, utilizar esse produto. Mas nem isso isenta totalmente a responsabilidade das empresas, fabricantes de um produto intrinsecamente prejudicial e viciante.

Nas palavras de Lúcio Delfino:

“Atualmente, vê-se o tabagismo como uma *doença crônica* pela enorme dificuldade para se eliminar o vício do fumante. Já se acreditou que a força de vontade era suficiente para quem quisesse parar de fumar. A ciência se encarregou de provar o contrário, ou seja, na prática, mesmo querendo, é muito difícil abandonar o consumo de tabaco”.<sup>48</sup>

Além disso, o direito à vida é indisponível. Por isso, ainda que o livre-arbítrio fosse exercido em sua inteira amplitude, não caberia comercializar um produto que atenta à vida do consumidor de forma tão contundente, como ressalta Leandro Adiers:

“Não há hipótese de manter-se no mercado produto perigoso e nocivo, que causa lesões e pode matar se utilizado do modo e para o fim a que se destina, resultados comprovados, atendendo-se à simples imposição de informar ao consumidor, eis que agredidos direitos indisponíveis”.<sup>49</sup>

Por isso, o simples fato de o ato ser lícito também não exime as empresas do seu dever de reparação dos riscos causados. Não existe direito adquirido de lesar.

Outro argumento utilizado pelas empresas de cigarro é que a livre iniciativa deve ser preservada. Todavia, esse argumento não se consolida, a livre iniciativa só é lícita

---

<sup>48</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil & tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45.

<sup>49</sup> ADIERS, Leandro Bittencourt. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. *Revista Jus Navigandi*, ano 7, n. 55, 1 mar 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2760>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

quando observados os demais princípios constitucionais. Na lição de Leandro Adiers temos que:

“Da interpretação harmônica e integrativa dos direitos individuais e sociais conjugada com o **princípio da livre iniciativa**, vemos que o exercício desta última sofre uma **limitação legal** - *submetida a valores sociais* -, **sem a observância dos quais seu exercício será irregular ou abusivo**”.<sup>50</sup>

Complementa Flávio Tartuce que a atividade empreendedora é legitimada com o benefício social, que resulta da disponibilização de bens e serviços úteis e nunca da utilização do argumento da livre iniciativa como forma de abuso do poder econômico ou de isenção de responsabilidade.

“Lembra-se que o que legitima e permite a atividade empreendedora com vista ao lucro é o benefício social que resulta da geração de empregos, arrecadação de tributos e abastecimento do mercado com o fornecimento de bens e serviços úteis e/ou necessários, jamais a utilização abusiva do poder econômico e o abuso de direito privatizador de lucros e socializador dos danos”.<sup>51</sup>

Dessa forma, a isenção de responsabilidade das empresas baseada na livre iniciativa fica prejudicada, pois esta não pode estar acima do interesse e benefício social. A livre iniciativa não é ampla e ilimitada, sofre limitações legais que se não observadas tornam-na irregular e abusiva, como é o caso das empresas fabricantes de cigarro.

Por isso afirma Sérgio Cavalieri Filho, que “Se, de um lado, a ordem jurídica permite e até garante a liberdade de ação, a livre iniciativa, etc., de outro, garante também a plena e absoluta proteção do ser humano”.<sup>52</sup>

As empresas tabagistas tentam se isentar da responsabilidade pelos danos causados pelo cigarro afirmando que o produto é lícito e seguem todas as regulamentações impostas ao ramo, utilizando-se do exercício regular do direito previsto no Código Civil.

<sup>50</sup> ADIERS, Leandro Bittencourt. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. *Revista Jus Navigandi*, ano 7, n. 55, 1 mar 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2760>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

<sup>51</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco* - a teoria do risco concorrente. São Paulo: Editora Método, 2011, p.13.

<sup>52</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 186.

“**Art. 188.** Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

[...]”

Porém, tal afirmação não é correta. Neste caso, o exercício regular do direito fica afastado e cede lugar ao abuso de direito, previsto também no Código Civil, no artigo 187 e muito bem explicado por Carlos Roberto Gonçalves:

“**Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

“[...] o critério usualmente adotado é o de que a ilicitude do ato abusivo se caracteriza sempre que o titular do direito se desvia da finalidade social para a qual o direito subjetivo foi concedido”.<sup>53</sup>

As empresas não informavam os consumidores dos males do produto, omitindo dados essenciais e, ainda mais, utilizavam-se de propaganda enganosa para associar seu produto ao vigor físico e outras formas de sucesso pessoal. Todas essas práticas romperam com o princípio da boa-fé, tornando o produto que é considerado lícito em uma atividade ilícita.

Outro ponto questionado pelas empresas é a aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor para casos anteriores à sua publicação ou anteriores à Constituição de 1988. Esse entendimento apesar de correto, também não é suficiente para excluir a responsabilidade das empresas fabricantes de cigarro.

Isso porque o Código Civil de 1916 também trazia em seu artigo 160 a previsão legal do exercício regular do direito, devendo-se interpretar que

“O Código Civil brasileiro de 1916 admitiu a ideia do abuso de direito no art. 160, I, embora não o tenha feito de forma expressa. Sustentava-se a existência da teoria em nosso direito positivo, mediante interpretação *contrario sensu* do aludido dispositivo. Se ali estava escrito não constituir ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido, é intuitivo que constituía ato ilícito aquele praticado no exercício irregular ou abusivo de um direito”.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil de acordo com o Novo Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p.59.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p.58.

Apesar de somente ser positivado no Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva, que consiste no dever de lealdade em todas as fases do contrato, remonta à época do Direito romano. Nas palavras de Flávio Alves Martins, “Essa boa-fé nada tem de novo em essência. Dela já se ocupava o Direito Romano há mais de dois mil anos ao reverenciar a *fides*, com um conteúdo até religioso, e ao reconhecer sua manifestação sob duas formas: a *bona fides* e a *fides bona*”.<sup>55</sup>

Traz ainda o autor que até mesmo a divisão da boa-fé em subjetiva e objetiva já tinha sido objeto de estudo dos romanos:

“A boa-fé, que, no Direito dos países ocidentais, teve sua origem no tempo dos romanos e sua *fides*, sinônimo de confiança, pode ser analisada sob duas óticas: uma subjetiva, outra objetiva. Na subjetiva, a boa-fé é um estado, uma crença do sujeito em não estar lesando um direito (*bona fides*). Na objetiva, é um princípio que se traduz no dever que todos tem de se conduzir leal e corretamente nas relações jurídicas obrigacionais (*fides bona*). Naquela, o sujeito está em ou de boa-fé, nesta, os sujeitos agem segundo a boa-fé”.<sup>56</sup>

Se o princípio da boa-fé objetiva é justamente lealdade, honestidade, essas empresas, ao continuarem induzindo seu consumo por meio de propagandas enganosas mesmo sabendo dos riscos a que expunham os consumidores, deixaram de lado um dos princípios basilares de qualquer relação jurídica, quer seja antes ou após o Código de Defesa do Consumidor, ou da Constituição Federal.

Por tudo quanto posto, não cabe alegar culpa exclusiva da vítima, no caso, do consumidor, para afastar inteiramente a responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro.

### 2.3 Responsabilidade do Estado

Em tempos antigos, vigorava a irresponsabilidade absoluta do Estado, como disserta Paulo Nader: “Antes do Estado de Direito, defendia-se a *irresponsabilidade* absoluta

---

<sup>55</sup> MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 2-3.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 101.

do Estado, entendendo-se que ao Poder Soberano cumpria apenas a criação e aplicação do Direito, não a subordinação à ordem jurídica criada”.<sup>57</sup>

Nesse período, o Estado gozava de imunidade total, e, nas palavras de Yussef Said Cahali, sendo o Estado o “órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não tenta contra a ordem jurídica, pois sendo ele o próprio direito, jamais praticaria injustiças”.<sup>58</sup> Ressalte-se, ainda, que por muito tempo o Estado foi considerado onipotente e teocrático, sendo o soberano investido divinamente.

Somente com o declínio do absolutismo e a crescente valorização dos direitos individuais que se reconheceu o dever do Estado em indenizar, passando primeiro pela responsabilização dos agentes públicos, depois pela possibilidade da responsabilidade solidária entre servidor e Estado, até chegar à responsabilização do Estado de forma objetiva, independente de culpa do agente.

Apesar de consagrada a responsabilidade objetiva do Estado, por muito tempo ainda se questionou se ela atingiria também o poder legislativo e em quais situações. Certo é que a responsabilidade do Estado foi admitida primeiro nos atos do Executivo, depois na atuação do Judiciário e por último na esfera legislativa.<sup>59</sup>

Cumprir observar que a aplicação da teoria da irresponsabilidade na função legislativa seria um regresso, bem explicitado na fala de Júlio César dos Santos Esteves:

“Apesar das mencionadas alterações do sistema político, permanece, em alguma medida, incorporada a ideia de que, como expressão da vontade geral, antecedente e superior aos demais atos estatais, a lei corporificaria, com exclusividade, a soberania do Estado, razão por que não poderia, *per se*, empregar responsabilidade estatal”.<sup>60</sup>

Conclui o mesmo autor que:

---

<sup>57</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, v. 7, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 11.

<sup>58</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 10.

<sup>59</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Aspectos polêmicos da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n.9, abr/jun. 2002. Disponível em <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1999/02/-sumario?next=2](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=2)>. Acesso em: 24 fev. 2013.

<sup>60</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 91.

“A onipotência e a infalibilidade garantidas ao monarca, na época do absolutismo, são de algum modo transferidas ao legislador, na implantação do Estado liberal. Deveras, a referida fase da irresponsabilidade do estado prolonga-se, relativamente ao Estado legislador, projetando seus fundamentos, ainda que sob outra roupagem, na tentativa de assegurar a insubmissão do ente estatal ao dever jurídico de reparar danos”.<sup>61</sup>

Demonstrada a necessidade de aplicação da responsabilidade civil a todas as esferas do poder do Estado, cumpre lembrar que a responsabilidade surge tanto por atos como omissões. Logo, a responsabilidade civil do Estado pode ser invocada tanto pela edição de leis quanto pela falta dela. E é nesse último ponto que a responsabilidade civil do Estado surge no tocante ao cigarro.

A Constituição Federal no seu art. 6º elenca os direitos fundamentais de Segunda Geração, conhecidos como direitos sociais e entre eles está o direito à saúde.

**“Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.  
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Também o Código de Defesa do Consumidor, no art. 4º, *caput* deixa claro seu objetivo de proteção aos consumidores, em especial no que diz respeito “à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida”.

Dessa forma, é dever do Estado promover políticas públicas que visem à redução do risco de doenças, bem como ofertar serviços que garantam sua proteção e recuperação, zelando assim pela saúde de sua população. Também o CDC assegura que o objetivo primordial das relações de consumo é atender as necessidades dos consumidores, respeitando, dentre outras coisas, sua saúde, segurança e melhoria da qualidade de vida.

Uma vez que o Estado desrespeita esses preceitos, ele assume a responsabilidade dos danos que podem advir tanto da omissão em não promover as políticas públicas voltadas à saúde, como da omissão na fiscalização dos produtos colocados à disposição dos consumidores.

---

<sup>61</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93.

Nesse sentido é o posicionamento de Renan Miguel Saad:

“Observe-se que o Poder Legislativo, quando não emite, dentro do prazo fixado constitucionalmente, normas destinadas a dar operatividade prática a direitos e garantias individuais e coletivas asseguradas na Constituição, responderá, *por omissão*, ao causar danos ao administrado.”<sup>62</sup>

A omissão do Estado permitiu a fabricação e comercialização do cigarro, colocando em risco a saúde de toda a população. Por muito tempo o cigarro foi isento de qualquer tipo de fiscalização mais minuciosa, sua comercialização e propaganda eram, inclusive, relacionadas com esporte, saúde, sucesso e nobreza.

Nas palavras de Flávio Tartuce, “parece-nos que a permissão para o uso totalmente livre e indiscriminado do cigarro foi um erro histórico da humanidade, por óbvio influenciado por questões econômicas e pelo poderio latente das empresas de tabaco”.<sup>63</sup> Só isso justifica sua permissão.

No mesmo sentido são as lições de Lúcio Delfino: “O Estado, por mais incrível que possa parecer, conferiu às fornecedoras de cigarro uma verdadeira *licença para matar*. Só no Brasil, nada menos que 200 (duzentos) mil indivíduos vão a óbito, anualmente, por razões vinculadas ao fumo”.<sup>64</sup>

O Estado já percebeu esse erro histórico e tenta, por meio de medidas protetórias, conter seu uso, seja restringindo a propaganda do produto, seja investindo recursos na divulgação dos males causados pelo cigarro. Basta observar a evolução das leis sobre o assunto.

Em 1996 foi publicada a Lei 9.294<sup>65</sup> que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos e outros produtos com elevado grau de periculosidade para a saúde dos consumidores. Nessa ocasião, foi vedada a propaganda de cigarro que sugerisse o consumo exagerado ou irresponsável, induzisse ao bem-estar ou saúde, atribuisse propriedades calmantes ou ainda que os associassem ao maior êxito na sexualidade.

<sup>62</sup> SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 82.

<sup>63</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 338.

<sup>64</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil & tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 281.

<sup>65</sup> BRASIL. *Lei nº 9.294*, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.



Logo após, em 2000, foi editada a Lei 10.167<sup>66</sup> que alterou alguns dispositivos da Lei 9.294, tornando-a ainda mais rígida. Proibiu-se, neste ano, a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde, a propaganda por meio eletrônico e o patrocínio de atividade cultural ou esportiva, muito comum até aquele momento.

Em 2001, por meio da Medida Provisória nº 2.190-34<sup>67</sup>, tornou-se obrigatória a advertência sobre os malefícios do fumo nas propagandas e maços de cigarro e, em 2003, a venda foi proibida aos menores de 18 anos.

Somente em 2011, com a edição da Lei 12.546<sup>68</sup>, proibiu-se o uso de cigarros em locais fechados, vedando qualquer tipo de propaganda comercial de cigarros e outros produtos fumígenos.

Porém, a simples regulamentação da atividade não o exime do seu dever constitucional de proteção à saúde, nem impede que o uso desse produto cause danos, muitas vezes irreversíveis, à saúde e à vida dos consumidores.

Sendo um produto de periculosidade exagerada, a mera advertência a cerca de seus malefícios não o torna passível de comercialização, nem exime de responsabilidade os agentes envolvidos em sua disponibilização. Assim, estão comprovados a omissão do Estado, em permitir a produção e comercialização de um produto com periculosidade exagerada, o dano, decorrente das diversas doenças associadas ao consumo de cigarro, e o nexo de

---

<sup>66</sup> BRASIL. *Lei nº 10.167*, de 27 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>67</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 2.190-34*, de 23 de agosto de 2001. Altera dispositivos das Leis nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>68</sup> BRASIL. *Lei nº 12.546*, de 14 de dezembro de 2011. Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

causalidade dessa omissão com o dano, pois caso houvesse a proibição de comercialização desse produto, não haveriam tantos danos.

A responsabilidade civil do Estado está claramente caracterizada, gerando o dever de indenizar todos aqueles que sofreram danos, consumidores diretos, indiretos e até mesmo a família destes dois grupos.

Por isso, Saad afirma:

“A omissão legislativa poderá gerar responsabilidade civil do Poder Público. Contra a omissão do Estado na sua função legislativa, além do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe ação de responsabilidade civil em face do Poder Público”.<sup>69</sup>

Abaixo segue um trecho do estudo realizado pela economista da saúde Márcia Pinto no trabalho “Custos de Doenças Tabaco - Relacionadas: uma análise sob a perspectiva da economia e da epidemiologia”. Segundo a doutora em Saúde Pública, o fumo causa um prejuízo anual de, pelo menos, R\$ 338,6 milhões ao SUS. Esse valor contabiliza apenas o que foi gasto em internações e em procedimentos de quimioterapia no tratamento de 32 patologias, como o câncer e doenças relacionadas aos aparelhos respiratório e circulatório em todos os hospitais da rede pública.

“Os gastos de um paciente com câncer de pulmão que faz quimioterapia e radioterapia chegam a R\$ 31 mil, caso seja submetido também a tratamento clínico, e a R\$ 81,7 mil, se precisar de cirurgia. No caso do câncer de laringe, esses valores são de R\$ 59,8 mil e R\$ 63,8 mil, respectivamente. Já no câncer de esôfago foram registrados valores de R\$ 7,5 mil para tratamento clínico, R\$ 70 mil para quimioterapia e radioterapia e R\$ 93,5 mil para radioterapia e cirurgia. Em relação às doenças cardíacas, o item de maior volume na composição de custos foi o de profissionais. Os pacientes diabéticos, seguidos pelos que apresentaram doença pulmonar, ocasionaram os maiores gastos. A maioria dos pacientes com neoplasia encontrava-se nos estágios mais graves da doença – 94,29% dos que apresentavam câncer de esôfago, 92,13% de pulmão e 73,75% de laringe. A radioterapia foi o item que apresentou maior peso nos custos das três enfermidades, variando de 52%, no caso do câncer de pulmão e de laringe, até 59,94% no câncer de esôfago. A maioria dos pacientes da amostra foi submetida a esse tipo de tratamento. O índice foi de 71,4% no caso do câncer de esôfago, de 52,9% no de pulmão e de 34% no de laringe. Essa terapêutica combinada com a

---

<sup>69</sup> SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 82.

cirurgia registrou os maiores custos para câncer de pulmão e esôfago - e, associada à cirurgia e tratamento clínico, para o de laringe”.<sup>70</sup>

Conclui-se que esse hábito precisa ser freado. Recursos que poderiam ser investidos em melhora nos hospitais, campanhas educativas contra doenças, capacitação de novos profissionais, estão sendo utilizados na aposentadoria precoce de pessoas vítimas do fumo, nos hospitais com tratamento de milhares de pessoas com câncer, enfisema pulmonar e outras tantas consequências do cigarro.

O Estado precisa assumir de vez o papel de promotor de políticas públicas que tragam benefícios à saúde e bem-estar aos cidadãos, atendendo ao disposto na Constituição. Deve proibir não só a propaganda, o uso em locais fechados, mas a comercialização de um produto nitidamente prejudicial à saúde, que não traz nenhum tipo de benefício à sociedade e ainda consome grande parte das receitas públicas.

---

<sup>70</sup> PINTO, Márcia. *Custos de Doenças Tabaco - Relacionadas: uma análise sob a perspectiva da economia e da epidemiologia*. Disponível em <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/488\\_pesquisa\\_custos\\_marcia\\_pinto.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/488_pesquisa_custos_marcia_pinto.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2012.

### 3 APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE

A Teoria do Risco Concorrente surgiu para dirimir conflitos em que se percebe a atuação de mais de um fator determinante para a ocorrência do dano. Essa Teoria mescla a possibilidade de culpa exclusiva da vítima, com a possibilidade de mais de um autor para o dano e ainda a necessidade de se determinar o *quantum* indenizatório conforme a proporção de risco assumido por cada parte.

No caso do cigarro, esta Teoria se enquadra perfeitamente, trazendo uma solução adequada e razoável para os diversos casos de ação reparatória por danos estéticos, morais e materiais propostas contra fornecedores de cigarro.

#### 3.1 A ideia de risco concorrente

A teoria do risco começou a ser formulada na França, por volta do século XIX, e significou uma enorme evolução em termos de responsabilidade civil, principalmente no que dizia respeito aos acidentes de trabalho. Observou-se que era inaceitável exigir do empregado que sofreu o acidente de trabalho provar que houve culpa por parte do empregador.

Foi nesse momento que o risco começou a substituir a culpa e a responsabilidade subjetiva deu lugar à responsabilidade objetiva. Nas palavras de Nehemias Domingos:

“Essa teoria se justifica plenamente, porquanto a ordem jurídica não pode conformar-se com a injusta situação daquele que tendo sofrido um dano, em razão de atividade previsivelmente perigosa, fique na miséria em face de sua impossibilidade de fazer a prova contra o agente responsável pela atividade que, em última análise, foi a causadora da lesão”.<sup>71</sup>

Já a ideia de risco concorrente surge a partir da noção de concausalidade, brevemente discutida nesse trabalho quando se tratou da configuração do nexo de causalidade entre a conduta das empresas fabricantes de cigarro e os danos causados aos consumidores.

Cumpre, neste momento, discorrer um pouco mais sobre esse tema, visto que, com a evolução dos meios de comunicação e o desenvolvimento da produção em massa,

---

<sup>71</sup> MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p.28.

as relações humanas passaram a envolver um número cada vez maior de pessoas contribuindo para um mesmo fato e, por consequência, acentuando a aplicação da concausa aos danos ocorridos.

Diversos são os autores que abordaram a concausalidade. Segundo o jurista alemão Karl Larenz, a atuação de várias pessoas para uma ação pressupõe cooperação consciente e desejada por todas para o alcance do resultado, passando a ideia de coautoria e gerando, por decorrência, o dever de indenizar conforme a participação de cada uma para o evento danoso.<sup>72</sup>

O Código Civil de 1916 já possuía dispositivo tratando da concausalidade, porém, sem estabelecer divisão de responsabilidade entre os coautores.

**“Art. 1.518.** Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outros ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação”.

O Código atual reproduziu o *caput* do artigo 1.518 do Código antigo no artigo 942 com os mesmos termos. Porém, inovou ao tratar da possibilidade de concorrência de culpa da vítima no artigo 945 e da necessidade de estabelecimento da indenização conforme a extensão do dano e da culpa, artigo 944 *caput* e parágrafo único.

**“Art. 945.** Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

**“Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano.  
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Foi nesse mesmo sentido que o Código de Defesa do Consumidor abordou a solidariedade na reparação do dano causado no parágrafo único do artigo 7º e previu a possibilidade de culpa exclusiva da vítima como forma de afastamento da responsabilização civil por parte de fabricantes, por exemplo, no artigo 12, §3º, inciso III.

Interpretando o diploma consumerista e, aplicando-se subsidiariamente o disposto no Código Civil, conclui-se que a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros afasta por

---

<sup>72</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1959, t.II, p. 623-624.

completo a responsabilidade de fabricantes, porém, caso ocorra uma culpa concorrente, haverá apenas atenuação da indenização devida.

Demonstrado o suporte fático e jurídico da concausalidade, passa-se a discorrer sobre os fundamentos da teoria do risco concorrente. Como muito bem expôs Flávio Tartuce, “[...] os argumentos legais para este estudo são apenas os primeiros passos, o piso mínimo de discussão, pois, mais do que na lei, uma tese jurídica deve estar fundada na ideia de justiça e em uma análise sistemática da conjuntura político-jurídico-social”.<sup>73</sup>

O fundamento constitucional para a premissa proposta por Tartuce de que a “responsabilidade civil objetiva deve ser atribuída e fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, seja numa situação contratual ou extracontratual”<sup>74</sup> é o próprio princípio da igualdade, contido no artigo 5º, *caput*.

“**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

O princípio da igualdade jurídica não se resume na concepção de que todos devem ser tratados de forma igual. Vai além, orienta que todos devem ser tratados na medida de suas desigualdades, tratando igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Por isso, diz-se que o princípio da igualdade está relacionado com a proporcionalidade e razoabilidade.

É nesse contexto que o risco concorrente deve ser aplicado. Deve-se buscar um tratamento adequado, igualitário e proporcional a cada caso na atribuição de responsabilidades, pois o risco assumido por cada integrante da relação jurídica pode ser diferente e contribuir para o fato danoso.

O parágrafo único do artigo 944 traduz essa necessidade de razoabilidade e igualdade na análise do caso ao orientar o aplicador da lei que se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, a indenização deverá ser reduzida equitativamente.

---

<sup>73</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco* - a teoria do risco concorrente. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 240.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 241.

A redução equitativa, apesar de muitos doutrinadores afirmarem que não garante a integral reparação dos danos causados à vítima, seguiu o critério de ética e adequação jurídica ao caso concreto, deixando margem ao juiz para analisar o fato e decidir conforme a equidade.

Nesse sentido é o ensinamento de Nehemias Domingos: “Assim, não se admitir esta minorante, vai contra o senso do direito e da justiça porquanto não se pode admitir que quem cause, culposamente, um dano a si mesmo, venha a se beneficiar da integralidade indenizatória se para o evento lesivo veio a concorrer”.<sup>75</sup>

Importante salientar também a influência do Código Civil Português para nosso ordenamento. No artigo 570º, n.1 traz:

“Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indenização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

É essa a conclusão que se chega ao analisar conjuntamente os artigos 944 e 945 do Diploma Civil brasileiro. Deve haver não só a possibilidade de responsabilidade solidária e de se afastar por completo a responsabilização do agente no caso de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, mas, e principalmente no caso em estudo, a necessidade de se analisar o caso concreto e estabelecer a responsabilidade de cada pessoa que contribuiu para que o evento danoso ocorresse.

Esse modelo enquadra-se perfeitamente em casos de responsabilidade subjetiva, porém, não haveria como discutir a proporção da culpa dos envolvidos nos casos de responsabilidade objetiva, na qual a culpa é desconsiderada para sua configuração.

Muito se discutiu a respeito dessa compatibilidade, em especial nas Jornadas de Direito Civil<sup>76</sup>. Defendia-se que não havia como aplicar os artigos 944, parágrafo único e 945 nos casos de responsabilidade objetiva, visto que a culpa não influenciava na configuração da responsabilidade.

---

<sup>75</sup> MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 309.

<sup>76</sup> As Jornadas de Direito Civil são encontros de estudiosos que visam debater o conteúdo do Código Civil, por meio de um sistema de aprovação de enunciados interpretativos da lei civil.

Porém, na IV Jornada de Direito Civil, foi proposta por Tartuce a aplicação desses artigos à responsabilidade objetiva e, por maioria dos votos entre os presentes, esse entendimento foi estabelecido. O Enunciado 46 possuía o seguinte teor:

“Enunciado 46. Art. 944. A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

Após a IV Jornada de Direito Civil, suprimiu-se a parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva. Para o promotor de justiça do Estado de Minas Gerais, Roger Silva Aguiar, porém, não deveria apenas suprimir essa parte, seria importante deixar expresso que a redução equitativa deveria ser aplicada aos casos de responsabilidade objetiva.<sup>77</sup>

Segundo ele, o enunciado deveria ser redigido da seguinte forma: “O artigo 944, parágrafo único, pode ser aplicado em sede de responsabilidade objetiva, por se encontrar na fase de estabelecimento do *quantum* indenizatório, como instrumento para se alcançar o equilíbrio entre a situação final do ofensor e do ofendido”.

Na ocasião, entendeu-se que esse tema ainda deveria ser debatido com maior profundidade, por isso, apenas a supressão da parte final do artigo, sem que se deixasse expressa a aplicação aos casos de responsabilidade objetiva.

Destaca-se que até mesmo Paulo de Tarso Sanseverino, proponente do Enunciado 46 do Conselho de Justiça Federal, após analisar melhor a questão, mudou sua posição, afirmando que há possibilidade de incidência da cláusula geral de redução também nas hipóteses de responsabilidade objetiva.<sup>78</sup>

A conclusão acertada alcançada por Tartuce foi de que, se cabe alegar culpa exclusiva da vítima ou de terceiros para a exclusão completa da responsabilidade, caberia

---

<sup>77</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 255.

<sup>78</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Indenização e equidade no Código Civil de 2002. Novos direitos: Após seis anos de vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 103.



também alegar conduta concorrente como forma de diminuição do *quantum* indenizatório. Isso porque quem pode o mais, poderia também o menos.<sup>79</sup>

Frise-se que a escolha pelo termo risco concorrente, ao invés de culpa concorrente é uma formalidade muitas vezes não observada por parte de muitos doutrinadores e, até mesmo, pelo legislador, que em diversos momentos faz uso da palavra culpa em casos de responsabilidade objetiva, como se pode observar no artigo 936 do Diploma Civil.

**“Art. 936.** O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

Apesar de parte de a doutrina defender que esse artigo se enquadraria no caso de culpa presumida, Tartuce o enquadra na hipótese de exclusão da responsabilidade objetiva do detentor do animal em caso de culpa exclusiva da vítima. Na ocasião, o legislador considerou a culpa da vítima, mesmo se tratando de responsabilidade objetiva, em que esta seria desconsiderada.<sup>80</sup>

Para não parecer um contrassenso, e prezando pelo tecnicismo, adota-se neste trabalho o termo risco concorrente nos casos de aplicação da responsabilidade objetiva.

### **3.2 Aplicação da teoria do risco concorrente nos casos de tabagismo**

A teoria do risco concorrente se enquadra claramente nos casos de tabagismo. Quando se trata de produção, comercialização e consumo de cigarro, três partes podem ser diretamente responsáveis pelos danos causados: empresas fabricantes do produto, Estado e consumidor.

Além disso, dois momentos temporais devem ser analisados de forma distinta: primeiro, até a década de 1990, período marcado por intensa propaganda incentivando o uso do cigarro como forma até de inserção social; e um segundo período, após a década de 90, quando seus males foram amplamente divulgados e iniciou-se o desestímulo ao seu consumo.

---

<sup>79</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco* - a teoria do risco concorrente. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 257-258.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 262.

Analisaremos então, o primeiro período. Como já tratado anteriormente, até os anos 90, a comercialização do cigarro se dava de forma ampla, a propaganda ainda não sofria restrições e o consumo podia ser feito a qualquer hora, em qualquer lugar e por qualquer pessoa, independente da faixa etária. Fumar era um hábito social, incentivado pela indústria com argumentos falhos de sucesso profissional, sexual e social.

Nesse período, milhares de pessoas iniciaram o consumo de cigarro, inconscientes dos riscos a que estavam se submetendo e, ao conhecerem seus males já se viam viciados pelo forte poder da nicotina.

Enquanto isso, o Estado permaneceu omissa, permitindo a produção, comercialização e difusão na mídia desse produto perigoso. Muitos anos passaram para que esse erro fosse notado e leis fossem editadas para regulamentar e restringir essa comercialização e até mesmo a produção desse produto.

Ocorre que muitas pessoas sofreram as consequências do consumo do cigarro, sendo acometidas por diversos tipos de câncer, enfisema pulmonar, vício e até mesmo a morte. Todos esses danos devem ser indenizados na proporção do risco assumido por cada parte, segundo a aplicação da Teoria do Risco Concorrente.

Percebe-se que o indivíduo pouco contribuiu para esse dano, apenas utilizando um produto colocado no mercado sem as informações adequadas. Assim, antes do conhecimento dos males causados pelo cigarro, o consumidor apenas tinha o risco inerente à própria vida, como afirma João Guimarães Rosa no livro *Grande Sertão: Veredas*, “viver é muito perigoso”.<sup>81</sup>

Já o Estado falhou em sua função de fiscalizar, legislar e punir fabricantes de produtos nocivos que ultrapassam o nível aceitável de benefício social *versus* periculosidade. Permitiu a produção e comercialização de um produto novo, desconhecendo seus verdadeiros componentes e resultados. Permitiu ainda a propaganda maciça e enganosa.

Os fornecedores colocaram no mercado um produto sem a realização de testes para verificarem seus riscos e benefícios. Utilizaram-se do *marketing* para influenciar a

---

<sup>81</sup> ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 585.

decisão dos consumidores e associaram indevidamente seu produto a prática de esportes, sucesso e outros fatores de inclusão social. Mesmo não sabendo dos riscos a que estavam submetendo seus consumidores, é o principal responsável pelos danos causados.

Com esse cenário, percebe-se que dentre os três polos envolvidos no dano, as empresas seriam as mais penalizadas, devendo arcar com a maior parte da indenização. Porém, o risco assumido pelo Estado também o faz um responsável pelos danos, cabendo a ele parte da reparação. O indivíduo seria o menos responsável, pois consumiu um produto permitido pelo Estado e sem alertas de perigos, logo, supunham consumir um produto como outro qualquer.

Contudo, após a década de 90, os fatos são alterados e, consequentemente, a responsabilidade assumida por cada parte também deverá sofrer mudanças. Nesse período, os males do cigarro foram descobertos e repassados aos consumidores, seja por meio da obrigatoriedade de informação nos rótulos, seja por meio da restrição na propaganda e até mesmo nos alertas emitidos pelo Estado nos meios de comunicação.

Os indivíduos que iniciaram o consumo de cigarro após esse período estavam cientes dos riscos a que estavam se submetendo. Conheciam o poder viciante da nicotina, foram informados dos componentes prejudiciais à saúde constantes no cigarro e optaram por consumi-lo com livre-arbítrio. Após toda a divulgação dos prejuízos causados pelo produto, o consumidor que escolhe fazer uso do cigarro, o faz assumindo os riscos.

Tem-se dessa forma, que a responsabilidade do indivíduo foi crescendo na medida em que a escolha de utilizar o produto foi feita conscientemente. Porém, sua responsabilidade não é suficiente para romper o vínculo caracterizador da concausa.

Já as indústrias, cumpriram as exigências impostas pelo Estado, colocaram filtro nos produtos, desvincularam as propagandas dos esportes e crianças, introduziram alertas nos maços entre outras medidas obrigatórias. Apesar disso, continuaram produzindo um produto que não traz nenhum benefício para a sociedade apenas para manter seu elevado lucro.

O Estado, por sua vez, percebeu que permitir a comercialização e produção desenfreada desse produto não condizia com valores constitucionalmente defendidos como promoção da saúde e liberdade. Atentou-se para o fato de que a livre-iniciativa não supera valores maiores de proteção à vida e passaram a regular esse setor, restringindo cada vez mais a produção, comercialização e, até mesmo, o consumo de cigarro.

Todavia, ainda permitem a produção e comercialização de um produto com periculosidade exagerada, arcando com os custos desse erro, seja nos tratamentos médicos destinados aos pacientes que buscam o sistema público de saúde com problemas decorrentes do cigarro, seja em aposentadorias precoces, seja em indenizações às famílias de falecidos fumantes.

Percebe-se, então, que o grau de risco assumido pelas partes após 1990 foi alterado. Os indivíduos assumem a maior parte da responsabilidade pelos danos causados a si mesmos; o livre-arbítrio, exercido de forma completa permite que o consumidor decida por adquirir um produto que debilita a sua saúde.

Mas, verificados os danos causados, não há que se falar em culpa exclusiva da vítima. Às empresas também cabe parcela da responsabilidade, pela produção e comercialização do produto de periculosidade exagerada, e ao Estado, por permitir a continuidade dessa atividade.

Mais uma vez, percebe-se a importância da aplicação da Teoria do Risco Concorrente, cabendo ao magistrado analisar cada caso em separado, reunindo fatores que possibilitem a distribuição dos riscos conforme foram assumidos pelas partes envolvidas e a determinação do *quantum* indenizatório na proporção dessa assunção de risco.

A aplicação da Teoria do Risco Concorrente no caso de responsabilidade civil das empresas fabricantes do cigarro surge como elemento essencial a ser observado nos casos práticos a fim de garantir a justiça. Essa, segundo Aristóteles, seria alcançada com a aplicação da equidade ao caso. É exatamente a equidade que se busca com a aplicação da Teoria do Risco Concorrente. Aplicar a equidade, dá a cada um o que é seu de direito e alcançar a máxima justiça.

### **3.3 Posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça**

Cumprе observar, nesse momento, qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nas ações de responsabilidade civil propostas por fumantes ou por seus familiares, em caso de morte, em desfavor das empresas fumígenas.

Várias são as ações sobre esse assunto e, na maioria delas, o Tribunal se posicionou de forma a afastar a responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro. Como exemplo, será analisado o Recurso Especial nº 1.113.804/RS, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual familiares ajuizaram ação de reparação de danos morais pela morte de um parente que era fumante de cigarros produzidos pela Souza Cruz S/A, principal empresa do ramo de cigarros.

No caso em tela, os autores declararam que o falecido tornou-se tabagista ainda na adolescência, em meados da década de 50, iludido por propagandas da marca Hollywood e, em decorrência desse vício, adquiriu a doença bronco-pulmonar obstrutiva crônica que o levou à morte por adenocarcinoma pulmonar.

Informam ainda que a conduta da ré foi dolosa por não divulgar os males do produto que comercializava, mesmo sabendo dos riscos a que estavam submetendo seus consumidores.

Em primeira instância, o Juízo da Comarca de Cerro Largo/RS julgou improcedente o pedido por entender que não estava presente o nexo de causalidade entre a conduta da ré e a doença que vitimou o falecido.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença, julgando procedente o pedido e condenando a ré ao pagamento de R\$ 70.000,00 à viúva e a cada filho do casal e R\$ 35.000,00 a cada neto.

Este Tribunal abordou pontos de suma importância para a resolução da lide. Em primeiro lugar, salientou que ainda que a atividade desenvolvida pela empresa ré seja lícita, “a mera licitude formal da atividade comercial não exonera a demandada de reparar

prejuízos gerados aos indivíduos pelo consumo dos produtos por si comercializados e distribuídos”.<sup>82</sup>

Destacou ainda a não observância do princípio da boa-fé objetiva e ainda a omissão na prestação das informações. Quanto ao livre-arbítrio, informou que

“[...] não há que se falar em liberalidade/voluntariedade do usuário de tabaco. Isso porque, a *voluntas* do indivíduo estava maculada, quer pela ausência de informações a respeito dos malefícios do produto, seja pela dependência química causada por diversos componentes, especialmente pela nicotina”.<sup>83</sup>

O Tribunal defendeu ainda a aplicação do Código do Consumidor ao caso concreto, decidindo pela inversão do ônus da prova pela presença do risco profissional.

Concluiu, assim, que a responsabilidade da empresa estava caracterizada.

Contudo, a fornecedora recorreu da decisão e o Superior Tribunal de Justiça deu provimento. Abaixo segue a ementa do julgado.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDESMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando a conclusão desfavorável a este. Também inexistente negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem aprecia a questão de forma fundamentada, enfrentando todas as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas.

2. A pretensão de ressarcimento do próprio fumante (cuja prescrição é quinquenal, REsp. 489.895/SP), que desenvolveu moléstias imputadas ao fumo, manifesta-se em momento diverso da pretensão dos herdeiros, em razão dos alegados danos morais experimentados com a morte do fumante. Só a partir do óbito nasce para estes ação exercitável (*actio nata*), com o escopo de compensar o pretendo dano próprio. Preliminar de prescrição rejeitada.

3. O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do

<sup>82</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp 1.113.804 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, julgado em 27/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 mar 2013.

<sup>83</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp 1.113.804 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, julgado em 27/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 mar 2013.

Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço.

4. Não é possível simplesmente aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos supostamente ilícitos imputados à indústria tabagista, ocorridos em décadas pretéritas - a partir da década de cinquenta -, alcançando notadamente períodos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor e a legislações restritivas do tabagismo.

5. Antes da Constituição Federal de 1988 - raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco -, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas passadas.

6. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta "contaminação propagandista" arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do *marketing*. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.

7. A boa-fé não possui um conteúdo *per se*, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento.

8. Além do mais, somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. Nesse passo, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da *necessariedade*, a "teoria do dano direto e imediato", também conhecida como "teoria do nexo causal direto e imediato" ou "teoria da interrupção do nexo causal".

9. Reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de *necessariedade*, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar.

10. A arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, álcool, carga genética e o modo de vida. Assim, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento,

poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório.

11. As estatísticas - muito embora de reconhecida robustez - não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de mortes associadas ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais.

12. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido”.<sup>84</sup>

O relator, acompanhado pelos demais Ministros do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que não havia responsabilidade da empresa fabricante de cigarro na morte do consumidor.

No que concerne à inversão do ônus da prova, acompanharam o decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicando o disposto no art. 6º, VIII, do CDC, uma vez que presentes os requisitos da hipossuficiência da parte autora e verossimilhança da alegação. Portanto, determinaram que cabia à demandada demonstrar que seu produto não eram hábeis de causar a moléstia que vitimou o consumidor.

Afastou a alegação da empresa de tratar-se de prova impossível com o brocardo *cujus commudum, ejus periculum*, ou seja, quem recebe o bônus deve suportar o ônus.

Contudo, na análise acerca da natureza do cigarro, o relator defendeu a tese de que o produto não pode ser considerado com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, pois a Constituição permite sua comercialização no art. 220, §4º, apenas orientando sobre a necessidade de advertir sobre seus malefícios.

Defendeu-se esse ponto de vista alegando que caso contrário, estaria ressuscitando o art. 11 do CDC que foi vetado justamente pelo fato de ser contrário ao interesse público.

Porém, conforme já discutido ao longo do trabalho, o cigarro é sim um produto de elevado grau de periculosidade, devendo ser retirado de mercado por causar prejuízos sérios à saúde, além de contrariar o interesse público com a imensa desproporcionalidade entre benefício/malefício que causa.

---

<sup>84</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp 1.113.804 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, julgado em 27/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 mar 2013.



Não se deve interpretar a Constituição à luz do Código de Defesa de Consumidor, mas é necessário atentar-se à evolução da sociedade no sentido de restringir o uso do cigarro, cabendo, inclusive, uma emenda constitucional, se assim for preciso, para inibir sua comercialização. Defender a licitude do cigarro é contrariar um preceito constitucional dos mais relevantes, a saúde; é priorizar a livre-iniciativa em detrimento da vida.

Em seguida, o Ministro discorreu a respeito do dever de informação, tão exigido da indústria do fumo devido às décadas de sonegação de informação a respeito dos riscos inerentes ao hábito de fumar. Tal conduta apenas foi alterada com a promulgação da Constituição de 1988, edição do Código de Defesa do Consumidor e de leis específicas que determinaram a necessidade de informar os consumidores.

Porém, entendeu-se, no julgamento desse caso, que a indústria não possuía o dever jurídico de informar os usuários a respeito dos riscos do cigarro, uma vez que não existia nenhuma lei com esse conteúdo.

Não cabe afastar a aplicação da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor sem reconhecer que existem princípios, não necessariamente especificados no texto legal, que norteiam não apenas a edição de leis, como também a atividade daqueles que são responsáveis por dizer o direito no caso concreto. Entre esses princípios está o da boa-fé objetiva, que, como já estudado, tem sua origem muito antes dos anos 50 e, por esse motivo, deve ser observado.

O próprio Ministro afirma que “[...] o ordenamento jurídico é um sistema que vai além da letra da lei, mas também é integrado por princípios próprios, de conteúdos variáveis no tempo e no espaço [...]”.<sup>85</sup>

Mais a frente ainda confirma o fato de que o surgimento da boa-fé e da lealdade remonta a tempos pretéritos:

“[...] mostrar-se impensável que o direito pretérito não reverenciava princípios e valores hoje contemplados, como a boa-fé ou a lealdade contratual, tendo em vista que tais diretivos, em análise última, fincam raízes em singelo adágio advindo dos nossos antepassados romanos, segundo o

---

<sup>85</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp 1.113.804 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, julgado em 27/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 mar 2013.

qual *honeste vivere, alterum nin laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu)”.<sup>86</sup>

Mesmo com todas essas constatações, o relator entendeu que não cabe a aplicação desse princípio, pois os valores contemplados em tempos passados eram outros, que na opinião do ministro superam inclusive a boa-fé e a lealdade. Tal afirmação não cabe prosperar, afastar os princípios da boa-fé e lealdade com o argumento de que em décadas passadas o cigarro era visto como símbolo de status na sociedade é confirmar o abuso de direito da indústria do fumo. Não cabe dizer que a realidade social daquela época era no sentido de aceitar o hábito de fumar, uma vez que nem sequer sabia de seus riscos e ainda sofria influência de propagandas enganosas.

O abuso de direito cometido por tantos anos pela indústria do fumo não pode passar despercebido, nem ser considerado aceitável socialmente. Ele é indiscutivelmente contrário à boa-fé, à finalidade social do direito e, por isso, merece punição, com a responsabilização daqueles que se utilizaram do exercício de um direito reconhecido para lesar outrem, causando danos irreversíveis na vida de diversos consumidores.

O voto do relator ainda tratou do livre-arbítrio. De maneira rápida e singela o ministro afastou o questionamento de que a vontade não é livre, pois o *marketing* estaria presente em diversos tipos de aquisição de produtos e nem por isso inibiria o livre-arbítrio.

Ocorre que o caso do cigarro é bem específico. O livre-arbítrio é exercido mesmo com propagandas que induzem o consumo, pois elas informam o consumidor. Este adquire um produto sabendo sua utilidade, seus riscos, suas especificações. Em décadas passadas o consumidor não tinha essas informações essenciais para realizar uma opção livre e consentida. Além disso, a nicotina presente no cigarro possui elevado poder viciante, não sendo necessária apenas a decisão do consumidor para interromper seu uso.

Por tudo quanto exposto, o livre-arbítrio no que diz respeito ao cigarro estava afastado no caso. Em um primeiro momento, quando do início do consumo pelas propagandas enganosas que não deram oportunidade de escolha aos consumidores se desejavam ou não assumir os riscos de desenvolver qualquer doença associada ao consumo de cigarro. No segundo momento, o livre-arbítrio fica subtraído pelos efeitos viciantes da nicotina.

---

<sup>86</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp 1.113.804 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, julgado em 27/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 mar 2013.

Por fim, foi analisado o nexo causal utilizando-se como parâmetro a teoria do dano direto e imediato, segundo a qual

“[...] reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessariedade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar”.<sup>87</sup>

Defendeu-se no recurso que não há relação de necessariedade entre o tabagismo e a doença desenvolvida pelo falecido. Citou-se o fato de diversos fatores poderem influenciar no desenvolvimento de doenças pulmonares, assim como vários são os fatores que interferem no desenvolvimento de um câncer. Não havendo, dessa forma, uma causalidade necessária a ensejar indenização.

Ocorre, entretanto, que a sociedade já percebeu que em diversas ocasiões as teorias utilizadas atualmente não são suficientes para garantir uma adequada reparação do dano. O desenvolvimento da responsabilidade objetiva é um claro exemplo de que é necessário estar em constante questionamento e desenvolvimento do nosso direito; não era correto exigir de funcionários que sofreram acidentes de trabalho demonstrar a culpa dos patrões.

Da mesma forma, devemos repensar a teoria do dano direto e imediato. Existem diversos fatores que são claramente causadores de danos, não sendo necessário demonstrar a causalidade necessária. Acatando essa teoria, seria exigido dos familiares demonstrar que os fatores genéticos não concorreriam para a moléstia que vitimou o parente, que a poluição da cidade em que moravam não foi determinante, que ele não utilizava produtos que interferissem.

Enfim, seria exigir prova impossível, quando temos claramente em questão um produto altamente nocivo, conhecido pelos médicos e estudiosos pelo seu efeito devastador.

As estatísticas não são suficientes para demonstrar o nexo causal no caso concreto, mas a análise apurada do fato aponta para uma causa clara, inafastável do dano, o consumo durante décadas de cigarro pelo consumidor.

---

<sup>87</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp 1.113.804 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, julgado em 27/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 mar 2013.

## CONCLUSÃO

Deve-se entender o cigarro, por tudo quanto exposto, como um produto de elevada periculosidade, chegando a ser exagerada. Dessa forma, a responsabilidade das empresas pela sua produção e comercialização é facilmente demonstrada na omissão de informações essenciais, pelo rompimento da boa-fé objetiva e, após a divulgação dos males, pela continuidade na atividade prejudicial à saúde dos consumidores, estando clara a desproporcionalidade do risco/benefício oferecido pelo produto.

O livre-arbítrio alegado pelos fornecedores não pode ser considerado para afastar a responsabilidade das empresas. Os consumidores que iniciaram a fumar antes da divulgação dos males do cigarro não tiveram a oportunidade de pesar os riscos e benefícios do cigarro para decidirem de forma consciente se a exposição aos riscos era ou não aceitável.

Após a divulgação, o livre-arbítrio passa a ser exercido de forma ampla, mas nem assim pode-se alegar culpa exclusiva da vítima, vez que outros fatores também influenciaram de forma determinante para o dano causado.

As empresas continuam com o dever de reparação, mas o *quantum* a ser fixado deverá ser menor, repartido ainda com o Estado, pois este nos dois momentos se absteve. No primeiro momento, não fiscalizou as empresas, que divulgavam o produto perigoso sem qualquer obrigatoriedade de informação. Permitiu ainda, após a ciência dos males causados pelo cigarro, a continuidade dessa atividade prejudicial.

Por isso, mesmo percebendo o erro que havia cometido ao permitir a divulgação indiscriminada do cigarro, e legislando no sentido de restringir a propaganda, a venda e até mesmo o consumo, o Poder Público não se exime de sua responsabilidade de zelar pela vida e saúde.

Claro está que foi um erro histórico grave, que precisa ser corrigido, principalmente por meio da jurisprudência e do legislativo, capazes de interpretar a norma conforme o momento histórico.

O Judiciário brasileiro ainda tem muito que evoluir. Se antigamente o cigarro era imune de qualquer tipo de restrição, hoje o que se verifica é um constante aumento de sua limitação. Percebe-se que vivemos num período de antitabagista e, apesar disso, ainda predominam julgados no sentido de excluir a responsabilidade civil das empresas de cigarro

pelos danos causados aos fumantes.

É inaceitável que depois de todos os estudos científicos comprovando o elevado grau viciante do cigarro, ainda tenham julgados desfavoráveis aos fumantes, com base no livre arbítrio, na licitude da atividade e na falta denexo causal.

Não se pode, contudo, desconsiderar o risco assumido pelos fumantes atuais que iniciam o consumo de cigarro mesmo após a divulgação dos males causados pelo fumo.

Por isso a importância da Teoria do Risco Concorrente. Analisar cada caso individualmente, atribuindo maior responsabilidade às empresas fabricantes de cigarro em tempos anteriores à década de 90, juntamente com o Estado. Após a ciência dos riscos causados pelo produto, deve-se atribuir maior parcela de risco assumido pelo próprio consumidor que fez a escolha consciente dos males a que estava se submetendo, mas sem excluir totalmente a responsabilidade das empresas que continuam produzindo e comercializando um produto tão maléfico e do Estado, por permitir, ainda mesmo com restrições, a comercialização de um produto que atenta à própria vida da população.

A Teoria do Risco Concorrente visa justamente delimitar o *quantum* indenizatório conforme o risco assumido por cada parte, distribuindo a justiça de forma simétrica.

O Judiciário precisa se adaptar à nova realidade social, adotando teorias que proporcionem a reparação do dano na extensão do dano e na proporção do risco assumido pelas partes envolvidas, determinando, assim, o *quantum* indenizatório de forma justa.

## REFERÊNCIAS

ADIERS, Leandro Bittencourt. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. *Revista Jus Navigandi*, ano 7, n. 55, 1 mar 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2760>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

ALIANÇA DE CONTROLE AO TABAGISMO. Tabagismo. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.actbr.org.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese - (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei 10.406, de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.078/90*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.294*, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.167*, de 27 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Lei nº 12.546*, de 14 de dezembro de 2011. Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de

26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.190-34*, de 23 de agosto de 2001. Altera dispositivos das Leis nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. STJ, Quarta Turma, Resp 1.113.804 RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomao, julgado em 27/04/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20090329191746.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329191746.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil & tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Aspectos polêmicos da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n.9, abr/jun. 2002. Disponível em <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1999/02/-sumario?next=2](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=2)>. Acesso em: 24 fev. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil de acordo com o Novo Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva: 2003.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. Observatório da política nacional de controle do tabaco. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br>>. Acesso em: 18 agosto 2012.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid:

Editora Revista de Derecho Privado, 1959, t.II.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre Livre-Arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco, aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, v. 7, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO SOBRE DROGAS. Informação. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www.obid.senad.gov.br>>. Acesso em: 18 agosto 2012.

PINTO, Márcia. *Custos de Doenças Tabaco - Relacionadas: uma análise sob a perspectiva da economia e da epidemiologia*. Disponível em <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/488\\_pesquisa\\_custos\\_marcia\\_pinto.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/488_pesquisa_custos_marcia_pinto.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2012.

RODRIGUES FILHO, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Indenização e equidade no Código Civil de 2002. Novos direitos: Após seis anos de vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá, 2009.

SITE DE SEGURANÇA DO TRABALHO. Fumo. Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.areaseg.com/toxicos/fumo.html>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Editora Método, 2011.



*THANK YOU FOR SMOKING. Direção e roteiro de Jason Reitman, baseado em livro de Christopher Buckley. Estados Unidos: Fox Searchlight, 2005. DVD.*